حاشية ابن عابدين

رد المحتار على الدر المختار

لمحمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين

المتوفى سنة ١٢٥٢هـ

حقق نصوصه وعلق عليه ثلة من الباحثين بإشراف

الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور

رئيس قسم الدراسات التخصصية في معهد جمعية الفتح الإسلامي

قدم له

فضيلة العلامة الشيخ
عبد الرزاق الحلبي

فضيلة الأستاذ الدكتور
محمد سعيد رمضان البوطي

طبعة مقابلة على ثلاث نسخ خطية منقولة عن أصل المؤلف
مع توثيق النصوص في مصادرها المخطوطة والمطبوعة
« مضافاً إليها تقريرات الرافعي في مواضعها من الأبحاث »

معهد جمعية الفتح الإسلامي بدمشق

شعبة البحوث والدراسات

الجزء السادس عشر

قسم المعاملات

الكفالة الحوالة
القضاء الحبس
التحكيم كتاب القاضي
إلى القاضي



حاشية ابن عابدين

رد المحتار على الدر المختار

دار الثقافة والتراث
دمشق - سورية

الموضوع : الفقه الحنفي

العنوان : حاشية ابن عابدين "رد المحتار على الدر المختار"

التأليف : محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين

التحقيق : الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور

الإخراج : بهاء أنور القباني

الإشراف الطباعي : مكتب دار الثقافة والتراث للتحقيق

التنفيذ : مؤسسة الرازي للطباعة والتجليد

عدد الصفحات : ٦٣٠ صفحة

قياس الصفحة : ٢١ × ٢٨

عدد النسخ : ١٠٠٠ نسخة / ٢٠٠٥ / م

موافقة وزارة الإعلام رقم : ٤٩٠٧٥ بتاريخ ٩/ ١٠/ ٢٠٠٠م

الطبعة الأولى
١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

دار الثقافة والتراث - دمشق - سورية ص . ب ٨٢٣٥
هاتف : ٤٦١٤٠٨٦ - ٤٦٣٧١٢٣١ - ٤٦٣٧١٢٣٢
فاكس : ٤٦٣٧١٢٣٠

يطلب من: دار الثقافة والتراث بدمشق للطباعة والنشر والتوزيع ص . ب ٨٢٣٥
البريد الإلكتروني : info@thakafawaturath . com

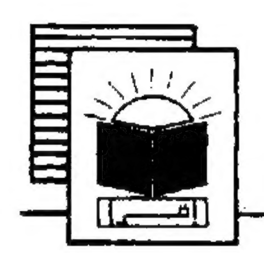
الموزعون :



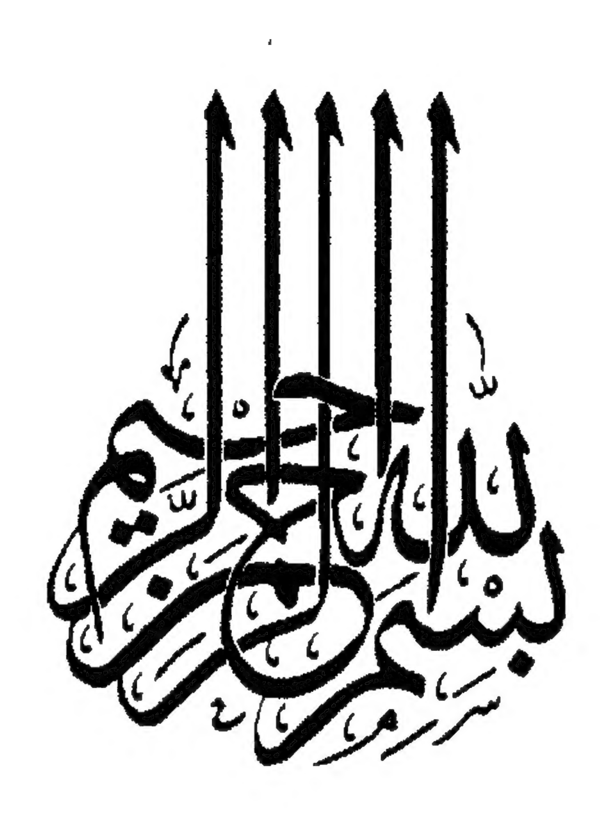
دمشق - ص ب: ٢٦٢٥ - هاتف ٢٢١٢٧٧٣ - ٢٢٤٨٩٦٠ - فاكس ٢٢٣٤٣٠٥
e - mail:mzd @ net.sy
بيروت - ص . ب: ١١٧٤٦٠ - هاتف: ٨١٥١١٢ - ٣١٩٠٣٩ - فاكس: ٨١٨٦١٥
web: www. resalah. Com - e - mail: resalah @ resalah. Com
عمان - ص.ب: ١٨٢٠٧٧ - هاتف ٤٦٥٩٨٩١ - ٤٦٥٩٨٩٢ - فاكس ٤٦٥٩٨٩٣
القاهرة - ص.ب ٦٣٢ رمز: ١١٥١١ - هاتف ٣٩٠٦٧٢٧ - فاكس: ٣٩٥٦٨٠٤
الرياض - ص ب: ٥٦٥٧٩ رمز ١١٦٥٤ - هاتف ٤٠٢٥١٩٧ - فاكس ٤٠٢٢٦١٥
اليمن - صنعاء - ص.ب: ٥٤٤ - هاتف - فاكس: ٢٧٥٣٢٢



دار البشائر
للطباعة والنشر والتوزيع
دمشق، ص.ب ٤٩٢٦، هاتف: ٢٣١٦٦٦٨/٩



اقرأ للطباعة والنشر والتوزيع
سوريا - دمشق - حجاز - شارع مسلم البارودي - بناء فندق سلطان
هاتف/فاكس : ٢٢٣٩٠٣١ - ص.ب: ٥٩٥٧


بسم الله الرحمن الرحيم

المشرف على التحقيق

الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور

رئيس قسم الدراسات التخصصيّة في معهد الفتح الإسلامي

شارك في التحقيق

أحمد سامر القباني	أيمن شعباني	خضر شحرور	أحمد السيد أحمد
رامز القباني	أحمد الطرشان	عبد القادر علي بلمو	محمد شحرور
محمد القباني	غسان الخباز	نوري الجمل	محمد نزار حيدر
قتيبة القباني	خالد القصير	محمد وائل حنبلي	رضوان محفوض

ذكوان غبيس　　محمد جمعة

خرج أحاديثه

رياض الخرقي



﴿كتابُ الكفالة﴾

مناسبتُها للبيعِ لكونِها فيه غالباً، ولكونِها بالأمرِ معاوضةً انتهاءً. (هي) لغةً: الضَّمُّ،

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتابُ الكفالة﴾

[٢٥٣١٦] (قولُهُ: لكونِها فيه غالباً) الأَولى حذفُ اللاّمِ، "ط"[١]. والأَولى أيضاً كونُها عَقِبَهُ غالباً، قال في "الفتح"[٢]: [٣/ق١٥٩/ب] ((أورَدَها عَقِبَ البُيُوعِ؛ لأنَّها غالباً يكونُ تحقُّقُها في الوُجودِ عَقِبَ البيعِ، فإنَّه قد لا يَطمئِنُّ البائعُ إلى المشتري فيحتاجُ إلى مَن يكفُلُهُ بالثَّمنِ، أو لا يطمئِنُّ المشتري إلى البائعِ فيحتاجُ إلى مَن يكفُلُهُ في المبيعِ وذلك في السَّلَمِ، فلمّا كان تحقُّقُها في الوُجودِ غالباً بعدَها أورَدَها في التَّعليمِ بعدَها)).

[٢٥٣١٧] (قولُهُ: ولكونِها إلخ) عبارةُ "الفتح"[٣]: ((ولها مناسبةٌ خاصَّةٌ بالصَّرفِ، وهي أنَّها تصيرُ بالأَخرَةِ[٤] معاوضةً عمّا ثبَتَ في الذِّمَّةِ مِن الأثمانِ، وذلك عندَ الرُّجوعِ على المكفُولِ عنه. ثمَّ لَزِمَ تقديمُ الصَّرفِ لكونِهِ مِن أبوابِ البيعِ السّابقِ على الكفالةِ)).

[٢٥٣١٨] (قولُهُ: هي لغةً: الضَّمُّ) قال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّاءُ﴾[٥] [آل عمران:٣٧] أي: ضمَّها إلى نفسِهِ، وقال عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ: ((أنا وكافلُ اليتيمِ كهاتينِ))[٦]، أي: ضامُّ اليتيمِ إلى نفسِهِ.

﴿كتابُ الكفالة﴾

(قولُهُ: عبارةُ "الفتح": ولها مناسبةٌ خاصَّةٌ بالصَّرفِ إلخ) ولَمّا كانت المناسبةُ الثّانيةُ عامَّةً في ذاتِها لأنواعِ البُيُوعِ راعَى "الشّارحُ" عُمومَها ولم يسلُكْ مسلَكَ غيرِهِ.

---

(١) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٤٥.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٢-٢٨٣.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٣.

(٤) في "ب" و"م": ((بالآخرة)) بمدِّ الهمزة.

(٥) هي قراءةُ أبي جعفرٍ ونافعٍ وابنِ كثيرٍ وابنِ عامرٍ وأبي عمرٍو ويعقوبَ. انظر "المبسوط في القراءات العشر": صـ١٤٢ـ.

(٦) روى يعقوبُ بنُ عبدِ الرَّحمن، وعبدُ العزيز بنُ أبي حازمٍ عن أبي حازمٍ عن سَهْلِ بنِ سعدٍ، قال رسولُ الله ﷺ: ((أنا وكافِلُ اليتيمِ كهاتَينِ)). وأشار بالسَّبّابة والوُسْطى، وفرَّق بينهما قليلاً. =

= أخرجه البخاريُّ في "صحيحه" (٥٣٠٤) في الطّلاق ـ باب اللّعان، و(٦٠٠٥) في الأدب ـ باب فَضْل مَن يَعُولُ يتيماً، وفي "الأدب المفرد" (١٣٥)، وأبو داودَ (٥١٥٠) في الأدب ـ باب في مَن ضَمَّ اليتيمَ، والتِّرمذيُّ (١٩١٨) في البرّ ـ باب في رحمةِ اليتيم وكفالتِه، وأحمدُ ٣٣٣/٥، وأبو يَعْلى في "مسنده" (٧٥٥٣) ـ وعنه ابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٤٦٠)، والرُّويانيُّ (١٠٦٧)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٥٩٠٥)، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٢٨٣/٦، وفي "الشُّعَب" (١١٠٢٦)، والقُضاعيُّ في "مسند الشِّهاب" (٣٣٢).

وروى عبدُ الرزّاق (٢٠٥٩٢) عن مَعْمَرٍ في "الجامع" عن إسماعيلَ بنِ أُميّةَ عن رجلٍ عن أبي هريرةَ قال قال رسولُ الله ﷺ: ((السّاعي على الأَرْملةِ والمسكينِ كالمُجاهِدِ في سبيل الله، أو كالقائمِ ليلَهُ والصّائمِ نهارَهُ، وأنا وكافِلُ اليتيمِ المُصلِحُ يومَ القيامة في الجنّة)). ورواه إسحاقُ بنُ راهويه في "مسنده" (٣٧٤) عن عبد الرزّاق عن مَعْمَرٍ عن إسماعيلَ قال: قال أبو هريرةَ به، وروى الحميدي (٨٦٢) عن سفيان عن إسماعيل بن أمية قال: أثبت لي أن رسول الله ﷺ: قال: ((أنا وكافل اليتيم له ولغيره في الجنة إذا اتقى كهاتين)) وأشار الحميدي بأصبعيه.

ورواه محمّد بنُ صُدْرَانَ، قال: حدّثنا الفَضْل بنُ العَلاء، قال: حدّثنا إسماعيل بنُ أُميّةَ عن محمّد بنِ قيسٍ عن أبيه عن أبي هريرةَ قال رسولُ الله ﷺ: ((السّاعي على الأَرْمَلةِ والمسكينِ كالمُجاهِدِ في سبيل الله، أو كالقائمِ ليلَهُ الصّائمِ نهارَهُ، وكافِلُ اليتيمِ له أو لغيره إذا اتّقَى أنا وهو في الجنّة كَهاتَين)) يعني إِصْبَعَيهِ: السَّبّابةَ والوُسْطَى.

أخرجه الطّبرانيُّ في "الأوسط" (١٢٣٧) ثم قال: لم يَرْوِ هذا الحديثَ عن إسماعيلَ إلاّ الفَضْلُ.

ومحمّدُ بنُ صُدْرانَ: هو ابنُ إبراهيمَ بنِ صُدْرانَ، أبو جعفرٍ البصريُّ، قال أبو داودَ: ثقةٌ، وقال النَّسائيُّ: لا بأسَ به، وقال أبو حاتمٍ: شيخٌ صَدوقٌ، وذكَرَه ابنُ حبّانَ في "الثِّقات".

والفَضْلُ بنُ العلاءِ: قال عليُّ بنُ المَدينيِّ: ثقةٌ، وذكَرَه ابنُ حبّانَ في "الثِّقات"، وقال أبو حاتمٍ: شيخٌ يُكتَبُ حديثُه، وقال ابنُ مَعينٍ والنَّسائيُّ: لا بأسَ به، وقال الدّارقطنيُّ: كان كثيرَ الوَهْمِ.

ومحمّدُ بنُ قيسٍ المَدنيُّ: قاصُّ عمرَ بنِ عبدِ العزيز، قال ابنُ سعدٍ: كان كثيرَ الحديث عالِماً، وقال يعقوبُ بنُ سفيانَ وأبو داودَ: ثقةٌ، وذكَرَه ابنُ حبّانَ في "الثِّقات". وقد تفرَّدَ بالرِّواية عن أبيه.

ورواه مالكٌ عن ثَورِ بنِ زيدٍ عن أبي الغَيْثِ عن أبي هريرةَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: ((السّاعي على الأَرْملةِ والمسكينِ كالمُجاهِدِ في سبيل الله))، وأَحْسِبُهُ قال: ((وكالقائمِ لا يَفتُرُ، وكالصّائمِ لا يُفطِرُ))، بدون هذه الزِّيادة، أخرجه البخاري (٦٠٠٧) في الأدب ـ باب الساعي على الأرملة والمسكين، و"الأدب المفرد" (١٣١)، ومسلم (٢٩٨٢ ـ ٢٩٨٣) في الزهد ـ باب الإحسان إلى اليتيم والأرملة، والبيهقي ٢٨٣/٦.

وروى سعيدُ بنُ أبي أيُّوبَ عن يحيى بنِ أبي سليمانَ عن زيدِ بنِ أبي عَتّابٍ عن أبي هريرةَ: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((خيرُ بيتٍ في المسلمينَ بيتٌ فيه يتيمٌ يُحْسَنُ إليه، وشرُّ بيتٍ في المسلمينَ بيتٌ فيه يتيمٌ يُساءُ إليه)). ثمَّ قال بإصْبَعَيهِ: ((أنا وكافِلُ اليتيمِ في الجنّة هكذا، وهو يُشيرُ بإصْبَعَيهِ)).

أخرجه البخاريُّ في "الأدب المفرد" (١٣٧)، وابنُ المُبارك في "الزُّهد" (٦٥٤)، وعنه المِزِّيُّ في "تهذيب الكمال" ٨٨/١٠، وعبدُ بنُ حُمَيْدٍ في "مسنده" (١٤٦٧) وابنُ ماجَه (٣٦٧٩) في الأدب ـ باب حَقِّ اليتيمِ. =

= ورواه مالكٌ عن صفوانَ بنِ سُلَيمٍ أنّه بلَغَه أنَّ النَّبيَّ ﷺ، فذكَرَ نحوَه.

أخرجه مالكٌ في "الموطأ" ٩٤٨/٢ في الجامع ـ باب في السُّنَّة في الشَّعر، وعنه ابنُ المُبارك في "الزُّهد" (٦٥٣) والبخاري (٦٠٠٦) في الأدب ـ باب الساعي على الأرملة والمسكين، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٢٨٣/٦، وفي "الشُّعَب" (١١٠٢٧).

وقال ابنُ أبي حاتمٍ في "العِلَل": سألتُ أبي وأبا زُرْعةَ عن حديثٍ رواه مالكٌ عن صفوانَ بنِ سُلَيمٍ عن عَطاءِ بنِ يَسارٍ: أنَّ رسولَ الله ﷺ فذَكرَه، فقالا: رُويَ عن ابنِ عُيَينةَ هذا الحديثُ عن صفوانَ عن أُنَيسةَ عن أُمِّ سعيدٍ بنتِ مُرَّةَ عن أبيها عن النَّبيِّ ﷺ، فقالا: هذا أشبَهُ بالصَّواب.

ورواه الحُمَيديُّ وسعيدُ بنُ منصورٍ ومُسَدَّدٌ وعمرو بنُ عليٍّ وعبدُ الله بنُ محمَّدٍ وإسحاقُ بنُ إسماعيلَ الأَيْليُّ كلهم عن سفيانَ ثنا صفوانُ بنُ سُلَيمٍ عنِ امرأةٍ يُقالُ لها: أُنَيسَةُ عن أُمِّ سعيدٍ بنتِ مُرَّةَ الفِهْرِيِّ عن أبيها: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((أنا وكافِلُ اليتيمِ له أو لغيره في الجنَّة كَهاتَين)). وأشارَ سفيانُ بإصْبَعَيهِ.

أخرجه الحُمَيديُّ (٨٦١)، والبخاريُّ في "الأَدب المفرد" (١٣٣)، والحارثُ بنُ أبي أُسامةَ في "مسنده" كما في "بغية الباحث" (٩٠٤)، والرُّويانيُّ (١٤٨٣)، وابنُ أبي عاصمٍ في "الآحاد والمثاني" (٨٣٨)، وابنُ قانِعٍ في "معجم الصَّحابة" (١٠٠٦)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" ٢٠/(٧٥٨)، وفي "مكارم الأخلاق" (١٠٢)، والبيهقيُّ ٢٨٣/٦، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٤٥/١٦ و٢٤٦، والمِزِّيُّ في "تهذيب الكمال" ٣٨٣/٢٧.

قال الفَسَويُّ في "المعرفة والتّاريخ" ٧٠٦/٢ : قال الحُمَيديُّ: قيل لسفيانَ: فإنَّ عبدَ الرَّحمن بنَ مَهديٍّ يقولُ: إنَّ سفيانَ أصْوَبُ في هذا الحديثِ مِن مالكٍ، قال سفيانُ: وما يُدريهِ؟! أدْرَكَ صفوانَ؟! قالوا: لا، ولكنَّه قال: إنَّ مالكاً قاله عن صفوانَ عن عَطاءِ بنِ يَسارٍ، وقاله سفيانُ عن أُنَيْسةَ عن أُمِّ سعيدٍ بنتِ مُرَّةَ عن أبيها، فمِن أين جاء بهذا الإسناد؟ فقال سفيانُ: ما أحسَنَ ما قال! لو قال لنا: صفوان عن عطاءِ بنِ يسارٍ كان أهْوَنَ علينا مِن أنْ يجيءَ بهذا الإسناد الشَّديدِ.

وتابَعَه محمّدُ بنُ جُحادَةَ عن محمّدِ بنِ عَجْلانَ عن بنتٍ لِمُرَّةَ عن أبيها: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: ((كافِلُ اليتيم له أو لغيره إذا اتَّقَى معيَ في الجنَّة كَهاتَين))، يعني: المُسَبِّحَةَ والوُسْطى.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" (٧٥٩).

ورواه إسحاقُ بنُ إبراهيمَ الحُنَينيُّ عن مالكِ بنِ أنسٍ عن عبدِ الرَّحمن بنِ القاسمِ عن أبيه عن أبي أُمامةَ قال: سَمِعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: ((أنا وكافِلُ اليتيمِ في الجنَّة كَهاتَين. وأشارَ بإصْبَعَيهِ التي تَلي الإبهامَ والوُسْطى)).

أخرجه الرُّويانيُّ في "مسنده" (١١٩٧)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٨١٢٠)، وأبو نُعَيمٍ في "حِلْية الأولياء" ٣٤٩/٦ ـ ٣٥٠.

قال أبو نُعَيمٍ: غريبٌ مِن حديثِ مالكٍ عن عبدِ الرَّحمن، تفَرَّدَ به الحُنَينيُّ. =

وحكَى "ابنُ القَطّاع": ((كَفَلتُهُ وكَفَلتُ به وعنه))، وتثليثُ الفاءِ. ....

وفي "المغرب"[١]: ((وتركيبُهُ يدُلُّ على الضَّمِّ والتَّضمينِ)).

[٢٥٣١٩] (قولُهُ: كَفَلتُهُ وكَفَلتُ به وعنه) أي: يتعدّى بنفسِهِ وبـ ((الباءِ)) وبـ ((عن))، وفي "القُهستانيّ"[٢]: ((و[٣]يتعدّى إلى المفعُولِ الثّاني في الأصلِ بـ ((الباءِ)) فالمكفُولُ به الدَّينُ، ثمَّ يتعدّى بـ ((عن)) للمديُونِ، وبـ ((اللاّمِ)) للدّائنِ)).

[٢٥٣٢٠] (قولُهُ: وتثليثُ الفاءِ) مقتضاهُ أنَّ "ابنَ القَطّاعِ" حكاهُ، وليس كذلك،

(قولُهُ: مقتضاهُ أنَّ "ابنَ القَطّاعِ" حكاهُ، وليس كذلك) يمكنُ أنْ يقالَ: إنَّ قولَهُ: ((وتثليث إلخ)) جملةٌ معطُوفةٌ على قولِهِ: ((وحكَى "ابنُ القَطّاعِ" إلخ)) أي: ويَجُوزُ فيها تثليثُ إلخ، مِن "السِّنديّ".

= والحُنَينيُّ: قال البخاريُّ: في حديثه نظرٌ، وقال النَّسائيُّ: ليس بثقةٍ، وقال أبو حاتمٍ: رأيتُ أحمدَ بنَ صالحٍ لا يرضاه، قال التِّنّيسيُّ: كان مالكٌ يُعَظِّمُهُ ويُكْرِمُهُ! وقال أبو زُرْعةَ: صالحٌ، يعني: في دِيْنه لا في حديثه. قال ابنُ عَدِيٍّ: وهو مع ضَعْفِه يُكتَبُ حديثُه، وكأنّه دخَلَ عليه ما رواه يحيى بنُ أيُّوبَ عن عُبيدِ الله بن زَحْرٍ عن عليِّ بنِ يزيدَ عن القاسمِ عن أبي أُمامةَ أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((مَن مسَحَ رأسَ يتيمٍ ... ومَن أحسَنَ إلى يتيمه أو إلى يتيمٍ عندَه، كنتُ أنا وهو في الجنَّة كَهاتَين))، وقرَنَ بينَ السَّبّاحةِ والوُسْطى.

أخرجه أحمدُ ٥/٢٥٠ و٢٦٥، وابنُ المُبارك في "الزُّهد" (٦٥٥)، وابنُ أبي الدُّنيا في "العيال" (٦٠٩)، وعبدُ الله ابنُ أحمدَ في "زوائده على الزُّهد" صـ٢١ـ، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٧٨٢١)، وأبو نُعَيم في "الحِلْية" ٨/١٧٨ و١٧٩.

وروى أبو جعفرٍ الرّازيُّ، وحَفْصُ بنُ غياثٍ عن لَيثِ بنِ أبي سُلَيمٍ عن محمّدِ بنِ المُنكَدِرِ عن أُمِّ ذَرَّةَ عن عائشةَ قالت: سَمِعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ: ((أنا وكافِلُ اليتيمِ له أو لغيره في الجنَّة، والسّاعي على الأَرْملةِ والمسكينِ كالمُجاهِدِ في سبيل الله)).

أخرجه أبو يَعْلى في "مسنده" (٤٨٦٦)، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٤٧٤٢)، وابنُ مَنْدَه كما في "الإصابة" ٤/٢٩٩، إلاّ أنّه قال: ذَرَّةَ بدَلَ أُمِّ ذَرَّةَ.

ورواه محمّدُ بنُ مُطَرِّفٍ عن زيدِ بنِ أَسلَمَ قال رسولُ الله ﷺ: ((أنا وكافِلُ اليتيمِ في الجنَّة كَهاتَين))، وأشارَ بالوُسْطى والسَّبّاحة.

أخرجه الحارثُ بنُ أبي أسامةَ كما في "بغية الباحث" (٩٠٦).

(١) "المغرب": مادة ((كفل))، وفيه: ((التَّضَمُّن)) بدل ((التَّضْمِين)).

(٢) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ٢/١٠٨ ـ ١٠٩ بتصرف.

(٣) الواو ليست في "م".

وشرعاً: (ضمُّ ذمَّةِ) الكفيلِ (إلى ذمَّةِ) الأصيلِ (في المطالبةِ مُطلقاً)................

وعبارةُ "البحر"[١]: ((قال في "المصباح"[٢]: كَفَلتُ بالمالِ وبالنَّفسِ كَفْلاً مِن بابِ قتَلَ، وكُفُولاً أيضاً، والاسمُ الكَفالةُ. وحكَى "أبو زيدٍ"[٣] سماعاً مِن العربِ مِن بابَي تَعِبَ وقَرُبَ. وحكَى "ابنُ القَطّاع"[٤]: كَفَلتُهُ وكَفَلتُ به وعنه إذا تحمَّلتَ به)) اهـ "ح"[٥].

[مطلبٌ في تعريف الذِّمَّة]

[٢٥٣٢١] (قولُهُ: ضمُّ ذمَّةِ الكفيلِ) الذِّمَّةُ: وصفٌ شرعيٌّ به الأهليةُ لوُجوبِ ما لَهُ وعليه، وفسَّرَها "فخرُ الإسلامِ"[٦] بالنَّفسِ والرَّقَبةِ التي لها عهدٌ، والمرادُ بها العهدُ، فقولُهم: في ذمَّتِهِ، أي: في نفسِهِ باعتبارِ عهدِها، مِن بابِ إطلاقِ الحالِّ وإرادةِ المحلِّ[٧]، كذا في "التَّحرير"[٨]، "نهر"[٩].

(قولُهُ: والمرادُ بها العهدُ) في "الحَمَويّ": ((أنَّه تعالى لَمّا خلَقَ الإنسانَ أكرمَهُ بالعقلِ والذِّمَّةِ حتّى صار أهلاً لوُجوبِ الحقُوقِ له وعليه، وثبَتَ به حُقوقُ العِصمةِ والحرِّيَّةِ والمالكيَّةِ، وهذا هو العهدُ الذي جرَى بينَه تعالى وبينَ عبادِهِ يومَ الميثاقِ، وهذا غيرُ العقلِ؛ لِما أنَّه لمجرَّدِ فهمِ الخطابِ. والوُجوبُ مبنيٌّ على ذلك الوصفِ المسمَّى بالذِّمَّةِ، حتّى لو فُرِضَ ثُبوتُ العقلِ بدونِ ذلك الوصفِ لم يثْبُتْ له وعليه)) اهـ. كذا نقلَهُ عنه "السِّنديُّ".

(قولُهُ: مِن بابِ إطلاقِ الحالِّ وإرادةِ المحلِّ) في العبارةِ قلبٌ.

(قولُ "الشّارحِ": إلى ذمَّةِ الأصيلِ) يعني أنَّهما صارا مطلُوبَينِ للمكفُولِ له، سواءٌ كان المطلُوبُ مِن أحدِهما هو المطلُوبَ مِن الآخَرِ أوْ لا كما في الكفالةِ بالنَّفسِ. اهـ مِن "البحر".

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢١.

(٢) "المصباح": مادة ((كفل)).

(٣) أبو زيدٍ سعيدُ بنُ أوسِ بنِ ثابتٍ الأنصاريُّ (ت ٢١٥هـ) أحدُ أئمةِ اللغةِ والأدب. ("وفيات الأعيان" ٢/٣٧٨، "بغية الوعاة" ١/٥٨٢).

(٤) "كتاب الأفعال": صـ٤٢٧ـ، نقلاً عن أبي زيد.

(٥) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٣/أ ـ ب.

(٦) انظر "كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدويّ": باب بيان الأهلية ٤/٣٩٦ ـ ٣٩٧.

(٧) انظر "تقريرات الرافعي" في هذا الموضع.

(٨) "التحرير": المقالة الثانية ـ الباب الأول ـ الفصل الرابع في المحكوم عليه: المكلف ـ مسألة: مانعو تكليف المحال على أنَّ شرط التكليف فهمه صـ٢٦٧ـ.

(٩) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٢/ب.

بنفسٍ، أو بدَيْنٍ، أو عَيْنٍ كمغصُوبٍ ونحوِهِ كما سيجيءُ؛ لأنَّ المطالبةَ تعُمُّ ذلك.

[٢٥٣٢٢] (قولُهُ: بنفسٍ) مُتعلِّقٌ بـ ((مطالبةِ))، "ح"[١].

[٢٥٣٢٣] (قولُهُ: أو بدَيْنٍ، أو عَيْنٍ) زادَ بعضُهم[٢] رابعاً، وهو الكفالةُ بتسليمِ المالِ، ويمكنُ دخُولُهُ في الدَّينِ.

قلتُ: وكذا بتسليمِ عَيْنٍ غيرِ مضمُونةٍ كالأمانةِ، وسيأتي[٣] تحقيقُ ذلك كلِّهِ.

٢٤٩/٤ [٢٥٣٢٤] (قولُهُ: كمغصُوبٍ ونحوِهِ) أي: مِن كلِّ ما يَجِبُ تسليمُهُ بعَيْنِهِ، وإذا هلَكَ ضَمِنَ مثلَهُ أو قيمتَهُ كالمبيعِ فاسداً، والمقبُوضِ على سَوْمِ الشِّراءِ، والمهرِ، وبدلِ الخُلْعِ، والصُّلحِ عن دمِ عَمْدٍ احترازاً عن المضمُونِ بغيرِهِ كالمرهُونِ، وغيرِ المضمُونِ أصلاً كالأمانةِ، فلا تَصِحُّ الكفالةُ بأعيانِها.

[٢٥٣٢٥] (قولُهُ: كما سيجيءُ) أي: في كفالةِ المالِ[٤]، "ح"[٥].

[٢٥٣٢٦] (قولُهُ: لأنَّ المطالبةَ تعُمُّ ذلك) أي: المذكُورَ مِن الأقسامِ الثَّلاثةِ، وهو تعليلٌ لتفسيرِ الإطلاقِ بها، وتمهيدٌ لقولِهِ[٦]: ((وبه يُستغنَى إلخ)).

(قولُهُ: وكذا بتسليمِ عَيْنٍ غيرِ مضمُونةٍ كالأمانةِ) فيه: أنَّ هذا داخلٌ في تسليمِ المالِ، فإنَّه أعمُّ مِن كونِهِ مضمُوناً أو غيرَ مضمُونٍ. وسيذكُرُ أنَّ كفالةَ تسليمِ المالِ يمكنُ دُخولُها في كفالةِ المالِ، ولم يقُلْ: في الدَّينِ، لكنَّ هذا ظاهرٌ في دُخولِ ما ذُكِرَ في قولِ "المصنِّف" الآتي: ((وأمّا كفالةُ المالِ)) لا في قولِهِ هنا: ((المطالبةِ بنفسٍ إلخ))، فإنَّه لا تدخُلُ فيه الكفالةُ بتسليمِ المالِ. نَعَمْ، لو زادَ "الشّارحُ": أو بالتَّسليمِ لكان التَّعريفُ شاملاً، ولو قيل: أرادَ بقولِهِ: ((أو دَيْنٍ)) ضمانَ ذاتِهِ أو تَسْليمِهِ يكونُ كلامُهُ شاملاً كما أنَّ المرادَ بالعَينِ ما يشمَلُ تسليمَها.

---

(١) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٣/ب.

(٢) منهم منلا خسرو. انظر "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٥.

(٣) المقولة [٢٥٥٥٢] قوله: ((ورجَّحَهُ "الكمالُ")).

(٤) صـ٨٣ـ "در".

(٥) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٣/ب.

(٦) صـ١٣ـ "در".

ومَن عرَّفَها بالضَّمِّ في الدَّينِ إنَّما أرادَ تعريفَ نوعٍ مِنها ....

[٢٥٣٢٧] (قولُهُ: ومَن عرَّفَها بالضَّمِّ في الدَّينِ إلخ) اعلم أنَّه اختُلِفَ في تعريفِ الكفالةِ، فقيل: إنَّها الضَّمُّ في المطالبةِ كما مشَى عليه "المصنِّف" وغيرُهُ مِن أصحابِ المُتونِ، وقيل: الضَّمُّ في الدَّينِ فيثبُتُ بها دَيْنٌ آخَرُ في ذمَّةِ الكفيلِ، ويُكتفَى باستيفاءِ أحدِهما، ولم يرجِّحْ في "المبسوط"[(١)] أحدَ القولين، لكنْ في "الهداية"[(٢)] وغيرِها: ((الأوَّلُ أصحُّ)). ووجهُهُ كما في "العناية"[(٣)]: ((أنَّها كما تَصِحُّ بالمالِ تَصِحُّ بالنَّفسِ ولا دَيْنَ، وكما تَصِحُّ بالدَّينِ تَصِحُّ بالأعيانِ المضمُونةِ، ويلزَمُ أنْ يصيرَ الدَّينُ الواحدُ دَيْنَين)) اهـ. وفيه نظرٌ؛ إذ مَن عرَّفَها بالضَّمِّ في الدَّينِ إنَّما أرادَ تعريفَ نوعٍ مِنها، وهو الكفالةُ بالمالِ، وأمّا الكفالةُ بالنَّفسِ وبالأعيانِ فهي في المطالبةِ اتِّفاقاً، وهما ماهيَّتانِ لا يمكنُ جمعُهما في تعريفٍ واحدٍ، وأفرَدَ تعريفَ الكفالةِ بالمالِ لأنَّه محلُّ الخلافِ، "نهر"[(٤)].

وحاصلُهُ: أنَّ كونَ تعريفِها بالضَّمِّ في المطالبةِ أعمَّ لشُمولِهِ الأنواعَ الثَّلاثةَ لا يصلُحُ توجيهاً؛ لكونِهِ أصحَّ مِن تعريفِها بالضمِّ في الدَّينِ؛ لأنَّ المرادَ به تعريفُ نوعٍ مِنها وهو كفالةُ الدَّينِ، أمّا النَّوعانِ الآخَرانِ فمتَّفَقٌ على كونِ الكفالةِ بهما كفالةً بالمطالبةِ، ولا يمكنُ الجمعُ بينَ الكفالةِ بالأوَّلِ والكفالةِ بالآخَرَينِ [٣/ق١٦٠/أ] في تعريفٍ واحدٍ؛ لأنَّ الضَّمَّ في الدَّينِ غيرُ الضَّمِّ في المطالبةِ.

ثمَّ لا يَخفَى أنَّ تعريفَها بالضَّمِّ في الدَّينِ يقتضي ثُبوتَ الدَّينِ في ذمَّةِ الكفيلِ كما صرَّحَ به أوَّلاً، ويدُلُّ عليه: أنَّه لو وهَبَ الدَّينَ للكفيلِ صحَّ ويرجِعُ به على الأصيلِ، مع أنَّ هبةَ الدَّينِ مِن غيرِ مَن عليه الدَّينُ لا يَصِحُّ[(٥)].

---

(١) "المبسوط": كتاب الكفالة ١٩/١٦١.

(٢) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٨٧.

(٣) "العناية": كتاب الكفالة ٦/٢٨٣ (هامش "فتح القدير").

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٢/ب.

(٥) في "ب" و"م": ((لا تصح)).

....

وما أُورِدَ عليه مِن لُزومِ صيرورةِ الدَّينِ الواحدِ دَيْنَينِ دفعَةً في "المبسوط"[١] بأنَّه لا مانعَ؛ لأنَّه لا يُستوفَى إلاّ مِن أحدِهما كالغاصبِ مع غاصبِ الغاصبِ، فإنَّ كلاًّ ضامنٌ للقيمةِ، وليس حَقُّ المالكِ إلاّ في قيمةٍ واحدةٍ؛ لأنَّه لا يَسْتَوفي إلاّ مِن أحدِهما، واختيارُهُ تضمينَ أحدِهما يُوجِبُ براءةَ الآخَرِ فكذا هنا، لكنْ هنا بالقَبْضِ لا بمجرَّدِ اختيارِهِ، لكنَّ المختارَ الأوَّلُ، وهو أنَّه الضَّمُّ في مجرَّدِ المطالبةِ لا الدَّينِ؛ لأنَّ اعتبارَهُ في ذمَّتينِ وإنْ أمكَنَ شرعاً لا يَجِبُ الحكمُ بوُقوعِ كلِّ ممكنٍ إلاّ بمُوجِبٍ ولا مُوجِبَ هنا؛ لأنَّ التَّوثُّقَ يحصُلُ بالمطالبةِ، وهو لا يستلزمُ ثُبوتَ اعتبارِ الدَّينِ في الذِّمَّةِ، كالوكيلِ بالشِّراءِ يطالَبُ بالثَّمنِ وهو في ذمَّةِ الموكِّلِ، كذا في "الفتح"[٢]. وكذا الوصيُّ والوليُّ والنّاظرُ يطالَبُونَ بما لَزِمَ دفعُهُ ولا شيءَ في ذمَّتِهم كما في "البحر"[٣]، وذكَرَ[٤]: ((أنَّهم لم يذكُروا لهذا الاختلافِ ثمرةً، فإنَّ الاتِّفاقَ على أنَّ الدَّينَ لا يُستوفَى إلاّ مِن أحدِهما، وأنَّ الكفيلَ مطالَبٌ، وأنَّ هبةَ الدَّينِ له صحيحةٌ ويرجِعُ به على الأصيلِ. ولو اشتَرَى الطّالبُ بالدَّينِ شيئاً مِن الكفيلِ صحَّ مع أنَّ الشِّراءَ بالدَّينِ مِن غيرِ مَن عليه لا يَصِحُّ، ويمكنُ أنْ تظهَرَ فيما إذا حلَفَ الكفيلُ أنْ لا دَيْنَ عليه، فيحنَثُ على الضَّعيفِ لا على الأصحِّ)) اهـ.

قلتُ: يظهَرُ ليَ الاتِّفاقُ على ثُبوتِ الدَّينِ في ذمَّةِ الكفيلِ أيضاً بدليلِ الاتِّفاقِ على هذه المسائلِ المذكورةِ، ولأنَّ اعتبارَهُ في ذمَّتينِ ممكِنٌ كما عَلِمتَ، وما ذُكِرَ مِن هذه المسائلِ مُوجِبٌ لذلك الاعتبارِ، ولو كانت ضَمّاً في المُطالبةِ فقط بدونِ دَيْنٍ لَزِمَ أنْ لا يُؤخَذَ المالُ مِن تَرِكةِ الكفيلِ؛

(قولُهُ: يظهَرُ ليَ الاتِّفاقُ على ثُبوتِ الدَّينِ في ذمَّةِ الكفيلِ إلخ) مُخالِفٌ لِما ذكرُوهُ مِن حكايةِ الخلافِ، فلا عِبرةَ بدعوى الاتِّفاقِ؛ لمُخالَفتِها لعباراتِهم وإنْ كانتِ الفُروعُ مُتَّفقاً عليها.

---

(١) "المبسوط": كتاب الكفالة ١٩/١٦١ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٣ ـ ٢٨٤.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٢.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٢ ـ ٢٢٣.

وهو الكفالةُ بالمالِ؛ لأنَّه مَحلُّ الخلافِ، وبه يُستغنَى عمّا ذكَرَهُ "منلا خُسرو". ...

لأنَّ المُطالَبةَ تسقُطُ عنه بموتِهِ، كالكفيلِ بالنَّفسِ لَمّا كان كفيلاً بالمُطالبةِ فقط بطَلَتِ الكفالةُ بموتِهِ مع أنَّ المُصرَّحَ به أنَّ المالَ يَحِلُّ بموتِ الكفيلِ، وأنَّه يُؤخَذُ مِن تَرِكتِهِ، ولأنَّ الكفيلَ يَصِحُّ أنْ يكفُلَهُ عندَ الطّالبِ كفيلٌ آخَرُ بالمالِ المكفولِ به، فإذا أدَّى الآخَرُ المالَ إلى الطّالبِ لم يرجِعْ به على الأصيلِ، بل يرجِعُ على الكفيلِ الأوَّلِ، فإنْ أدَّى إليه رجَعَ الأوَّلُ على الأصيلِ لو الكفالةُ بالأمرِ، نصَّ عليه في "كافي الحاكم". ويشهَدُ لذلك فُروعٌ أُخَرُ ستظهَرُ في مَحالِّها. وعلى هذا فمعنى كونِ التَّعريفِ الأوَّلِ أصحَّ شمولُهُ أنواعَ الكفالةِ الثَّلاثةَ، بخلافِ التَّعريفِ الثّاني كما مرَّ[1] عن "العناية"، والجوابُ ـ بأنَّه إنَّما أرادَ تعريفَ نوعٍ مِنها ـ لا يدفَعُ الإيرادَ؛ لأنَّه لم يُعَرِّفِ النَّوعَينِ الآخَرَينِ، فكان مُوهِماً اختصاصَها بذلك النَّوعِ فقط، هذا ما ظهَرَ لي، فتدبَّرْهُ.

[٢٥٣٢٨] (قولُهُ: وهو الكفالةُ بالمالِ) أرادَ بالمالِ الدَّينَ، وإلاّ فهو يشمَلُ العَينَ مُقابِلَ الدَّينِ. اهـ "ح"[2].

[٢٥٣٢٩] (قولُهُ: لأنَّه مَحلُّ الخلافِ) بيانٌ لوجهِ اقتصارِهِ على تعريفِ كفالةِ الدَّينِ فقط، ولا يخفَى أنَّ التَّعريفَ يُذكَرُ للتَّعليمِ والتَّفهيمِ في ابتداءِ الأبوابِ، فلا بدَّ مِن التَّنبيهِ على ما يُوقِعُ في الاشتباهِ، فكان عليه أنْ يَذكُرَ تعريفَ النَّوعينِ الآخَرَينِ كما قلنا آنفاً[3].

[٢٥٣٣٠] (قولُهُ: وبه) أي: بما ذكَرَ مِن تعميمِ المطالبةِ.

[٢٥٣٣١] (قولُهُ: يُستغنَى عمّا ذكَرَهُ "منلا خُسرو") أي: صاحبُ "الدُّرر". قال في "النَّهر"[4]: ((وبه استُغنِيَ عمّا في نكاحِ "الدُّرر"[5] مِن تعريفِها بضمِّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في مطالبةِ

---

(١) في المقولة نفسها.

(٢) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٣/ب.

(٣) المقولة [٢٥٣٢٧] قوله: ((ومَن عرَّفَها بالضَّمِّ في الدَّينِ إلخ)).

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٢/ب باختصار.

(٥) **نقول**: ذكر صاحبُ "الدرر" التعريفَ المذكورَ في كتاب الكفالة ٢/٢٩٥، لا في كتاب النكاح.

(ورُكنُها: إيجابٌ وقَبُولٌ) بالألفاظِ الآتيةِ، ولم يجعَلِ "الثّاني" الثّانيَ رُكناً، (وشرطُها: كونُ المكفُولِ به) ....

النّفسِ، أو المالِ، أو التّسليمِ مُدَّعياً أنَّ قولَهم: والأوَّلُ أصحُّ لا صحَّةَ له فضلاً عن كونِهِ أصحَّ؛ لأنَّهم قسَّمُوها إلى كفالةٍ في المالِ والنَّفسِ. [٣/ق١٦٠/ب] ٤/٢٥٠

ثمَّ إنَّ تقسيمَهم يُشعِرُ بانحصارِها مع أنَّهم ذكرُوا في أثناءِ المسائلِ ما يدُلُّ على وُجودِ قسمٍ ثالثٍ وهو الكفالةُ بالتَّسليمِ اهـ. وأنت قد عَلِمتَ ما هو الواقعُ)) اهـ. أي: مِن أنَّ ما عرَّفَ به هو مرادُهم؛ لأنَّ المطالبةَ تشمَلُ الأنواعَ الثَّلاثةَ، فليس فيما قالَهُ زيادةٌ على ما أرادوهُ غيرَ التَّصريحِ به، فافهمْ.

[٢٥٣٣٢] (قولُهُ: ورُكنُها إيجابٌ وقَبُولٌ) فلا تَتِمُّ بالكفيلِ وحدَهُ ما لم يَقْبَلِ المكفُولُ له أو أجنبيٌّ عنه في المجلسِ، "رمليّ".

[٢٥٣٣٣] (قولُهُ: ولم يجعَلِ "الثّاني") أي: "أبو يوسفَ". وقولُهُ: ((الثّانيَ)) أي: القَبُولَ، وهو بالنَّصبِ على أنَّه مفعُولُ ((يجعَل)). وقولُهُ: ((رُكناً)) مفعُولُهُ الآخَرُ، أي: فجعَلَها تَتِمُّ بالإيجابِ وحدَهُ في المالِ والنَّفسِ. واختُلِفَ على قولِهِ، فقيل: تتوقَّفُ على إجازةِ الطَّالبِ، فلو ماتَ قبلَها لا يُؤاخَذُ الكفيلُ. وقيل: تنفُذُ، وللطّالبِ الرَّدُّ كما في "البحر"[(١)]، وهو الأصحُّ كما في "المحيط"، أي: الأصحُّ مِن قوليهِ، "نهر"[(٢)].

وفي "الدُّرر"[(٣)] و"البزّازيَّة"[(٤)]: ((وبقولِ "الثّاني" يُفتَى)). وفي "أنفع الوسائل"[(٥)] وغيرِهِ: ((الفتوى على قولِهما)). وسيأتي[(٦)] تمامُهُ عندَ قولِهِ: ((ولا تَصِحُّ بلا قَبُولِ الطَّالبِ في مجلسِ العقدِ)).

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٣.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/أ بتصرف.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠١.

(٤) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ وفيها: حكمه وألفاظه ـ نوع آخر ٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "أنفع الوسائل": مسألة الكفالة صـ٢٧٦ـ.

(٦) صـ١١١ـ "در".

نَفْساً أو مالاً (مقدُورَ التَّسليمِ) مِن الكفيلِ، فلم تَصِحَّ[1] بحَدٍّ وقَوَدٍ[2]، ....

[٢٥٣٣٤] (قولُهُ: نَفْساً أو مالاً) الأَولى إسقاطُهُ ليتأتّى له التَّفريعُ بقولِهِ: ((فلم تَصِحَّ بحَدٍّ وقَوَدٍ))، فإنَّهما ليسا بنفسٍ ولا مالٍ إنْ أُريدَ الضَّمانُ بهما، أمّا إذا أُريدَ الضَّمانُ بنفسِ مَن هما عليه فإنَّ الكفالةَ حينئذٍ تكونُ جائزةً كما سيذكرُهُ "المصنِّف[3]".

[مطلب: شرائط المكفول]

نَعَمْ، يُشترَطُ كونُ النَّفسِ مقدُورةَ التَّسليمِ؛ إذ لا شكَّ أنَّ كفالةَ الميْتِ بالنَّفسِ لا تَصِحُّ؛ لأنَّه لو كان حيّاً ثمَّ ماتَ بطَلَت كفالةُ النَّفسِ، وكذا لو كان غائباً لا يُدرَى مكانُهُ فلا تَصِحُّ كفالتُهُ بالنَّفسِ كما في "جامع الفصولين"[4]. وعبارةُ "البحر"[5] عن "البدائع"[6]: ((وأمّا شرائطُ المكفُولِ به فالأوَّلُ: أنْ يكونَ مضمُوناً على الأصيلِ دَيناً، أو عيناً، أو نفساً، أو فعلاً، ولكنْ يُشترَطُ في العينِ أنْ تكونَ مضمُونةً بنفسِها.

الثّاني: أنْ يكونَ مقدُورَ التَّسليمِ مِن الكفيلِ، فلا تَجُوزُ بالحُدودِ والقِصاصِ.

الثّالثُ: أنْ يكونَ الدَّينُ لازماً، وهو خاصٌّ بالكفالةِ بالمالِ، فلا تَجُوزُ الكفالةُ ببدلِ الكتابةِ)).

(قولُهُ: الأَولى إسقاطُهُ ليتأتّى له التَّفريعُ بقولِهِ: فلم تَصِحَّ إلخ) فيه تأمُّلٌ، فإنَّه يُعلَمُ مِن اشتراطِ كونِ المكفُولِ به مالاً أو نفساً أنَّه لا تَصِحُّ الكفالةُ في غيرِهِ، فتَمَّ تفريعُ عَدَمِ صحَّتِها بحَدٍّ وقَوَدٍ على هذا الشَّرطِ، تأمَّلْ. ويدُلُّ لصحَّتِهِ تعليلُهُ لعَدَمِ صحَّتِها بهما بقولِهِ: ((فإنَّهما ليسا بنفسٍ ولا مالٍ)).

---

(١) في "د": ((فلم يصح)) .

(٢) في "و": ((ولا قود)) .

(٣) صـ٤٩ـ وما بعدها "در".

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون ٢/٥٤.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٤.

(٦) "البدائع": كتاب الكفالة ـ فصلٌ وأما شرائط الكفالة ٦/٧ باختصار.

(وفي الدَّينِ كونُهُ صحيحاً قائماً) لا ساقطاً بموتِهِ مُفلِساً، ولا ضعيفاً كبدلِ كتابةٍ، ونفقةِ زوجةٍ قبلَ الحُكمِ بها، فما ليس دَيناً بالأَولى، "نهر". ....

[٢٥٣٣٥] (قولُهُ: وفي الدَّينِ كونُهُ صحيحاً) هو ما لا يسقُطُ إلاّ بالأداءِ أو الإبراءِ كما سيأتي[1] متناً، وسيذكُرُ "الشّارحُ" هناك[2] استثناءَ الدَّينِ المشتركِ، والنَّفقةِ، وبدلِ السِّعايةِ، وأفادَ أنَّه لا يُشترَطُ أنْ يكونَ معلُومَ القَدْرِ كما في "البحر"[3]، وسيأتي[4] أيضاً مع بيانِهِ.

[٢٥٣٣٦] (قولُهُ: لا ساقطاً إلخ) محترزُ قولِهِ: ((قائماً))، فلا تَصِحُّ كفالةُ ميْتٍ مُفلِسٍ بدَينٍ عليه كما سيذكرُهُ "المصنّف[5]".

[٢٥٣٣٧] (قولُهُ: ولا ضعيفاً) محترزُ قولِهِ: ((صحيحاً)).

[٢٥٣٣٨] (قولُهُ: كبدلِ كتابةٍ) لأنه يسقُطُ بالتَّعجيزِ.

مطلبٌ في كفالةِ نفقةِ الزَّوجةِ

[٢٥٣٣٩] (قولُهُ: ونفقةِ زوجةٍ إلخ) عبارةُ "النَّهر"[6]: ((وينبغي أنْ يكونَ مِن ذلك الكفالةُ بنفقةِ الزَّوجةِ قبلَ القضاءِ بها أو الرِّضا[7]؛ لِما قدَّمناهُ مِن أنَّها لا تصيرُ دَيناً إلاّ بهما. وبدلُ الكتابةِ دَينٌ إلاّ أنَّه ضعيفٌ ولا تَصِحُّ الكفالةُ به، فما ليس دَيناً أَولى)) اهـ.

وبه يظهَرُ ما في عبارةِ "الشّارحِ" مِن الخفاءِ، فكان عليه أنْ يقولَ: ولا ضعيفاً كبدلِ كتابةٍ،

(قولُهُ: وسيذكُرُ "الشّارحُ" هناك استثناءَ الدَّينِ المشتركِ إلخ) فإنَّه مع كونِهِ دَيناً صحيحاً لا تَصِحُّ الكفالةُ به لأحدِ الشَّريكين.

---

(١) صـ ٧٨ ـ وما بعدها "در".

(٢) صـ ٧٦ ـ "در".

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٤.

(٤) صـ ٨٢ ـ وما بعدها "در".

(٥) صـ ١١٦ ـ "در".

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/أ.

(٧) عبارة "النهر": ((قبلَ القضاء بها أو المُضيّ)).

(وحُكمُها: لُزومُ المطالبةِ على الكفيلِ) ....

فما ليسَ دَيناً كنفقةِ زوجةٍ قبلَ القضاءِ أو الرِّضا بالأَولى، ولا يَخفَى أنَّها حيث لم تَصِرْ دَيناً لا تكونُ مِن أمثلةِ الدَّينِ السّاقطِ، فافهمْ.

ثمَّ ظاهرُ كلامِ "النَّهرِ" أنَّها لو صارت دَيناً بالقضاءِ بها أو بالرِّضا تصيرُ دَيناً صحيحاً مع أنَّه ليس كذلك؛ لسُقوطِها بالموتِ أو الطَّلاقِ، إلاّ إذا كانت مُستدانةً بأمرِ القاضي، لكنَّ غيرَ المستدانةِ مع كونِها دَيناً غيرَ صحيحٍ تَصِحُّ الكفالةُ بها استحساناً، فهي مُستثناةٌ مِن هذا الشَّرطِ كما سينبِّهُ عليه "الشّارحُ"[1] عندَ قولِ "المصنِّف":((إذا كان دَيناً صحيحاً))، بل ذكَرَ بعدَهُ بأسطُرٍ[2] عن "الخانيَّة"[3]: ((لو كفَلَ لها رجلٌ بالنَّفقةِ أبداً ما دامت الزَّوجيَّةُ جازَ))، وكذا ذكَرَ قبيلَ البابِ الآتي[4]: ((جوازَ الكفالةِ بها إذا أرادَ زوجُها السَّفرَ، وعليه الفتوى))، مع أنَّها لم تَصِرْ دَيناً [٣/ق١٦١/أ] أصلاً؛ لأنَّ النَّفقةَ لم تَجِبْ بعدُ، فيحمَلُ ما ذكَرَهُ هنا تَبَعاً لـ "النَّهر" على النَّفقةِ الماضيةِ؛ لأنَّها تسقُطُ بالمضيِّ قبلَ القضاءِ أو الرِّضا، فلا تَصِحُّ الكفالةُ بها. والفرقُ بينَ الماضيةِ والمستقبَلةِ أنَّ الزَّوجةَ مُقصِّرةٌ بتركِها بدونِ قضاءٍ أو رضًا إلى أنْ سقَطَت بالمضيِّ بخلافِ المستقبَلةِ، فتدبَّرْ.

[٢٥٣٤٠] (قولُهُ: وحُكمُها لُزومُ المطالبةِ على الكفيلِ) أي: ثُبوتُ حَقِّ المطالبةِ متى شاءَ الطّالبُ، سواءٌ تعذَّرَ عليه مُطالبةُ الأصيلِ أوْ لا، "فتح"[5]. وذكَرَ في "الكفاية"[6]: ((أنَّ اختيارَ الطّالبِ تضمينَ أحدِهما لا[7] يوجِبُ براءةَ الآخَرِ ما لم توجَدْ حقيقةُ الاستيفاءِ، فلذا يَملِكُ مُطالبةَ كلٍّ مِنهما، بخلافِ الغاصبِ وغاصبِ الغاصبِ)) اهـ. وقدَّمناهُ[8] أيضاً.

---

(١) صـ٧٦ـ "در".

(٢) صـ٨٣ ـ "در".

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٣/٧٠ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) صـ١٩٢ـ "در".

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٤.

(٦) "الكفاية": كتاب الكفالة ٦/٢٨٤ بتصرف (ذيل "فتح القدير").

(٧) ((لا)) ساقطة من مطبوعة "الكفاية" التي بين أيدينا.

(٨) المقولة [٢٥٣٢٧] قوله: ((ومَن عرَّفَها بالضَّمِّ في الدَّينِ إلخ)).

بما هو على الأصيلِ نفساً أو مالاً، (وأهلُها: مَن هو أهلٌ للتبرُّعِ) فلا تنفُذُ مِن صبيٍّ ولا مجنونٍ،

[٢٥٣٤١] (قولُهُ: بما هو على الأصيلِ) الأَولى: بما وقَعَتِ الكفالةُ به عن الأصيلِ؛ لأنَّ الأصيلَ عليه تسليمُ نفسِهِ، أو تسليمُ المالِ، والكفيلُ بالنَّفسِ ليس عليه تسليمُ المالِ، ولأنَّ الكفيلَ لو تعدَّدَ لا يلزمُهُ إلا بقَدْرِ ما يخصُّهُ كنصفِ الدَّينِ لو كانا اثنينِ، أو ثُلثِهِ لو ثلاثةً ما لم يكفُلُوا على التَّعاقبِ، فيُطالَبُ كلٌّ واحدٍ بكلِّ المالِ كما ذكَرَهُ "السَّرَخْسيّ"[١].

[٢٥٣٤٢] (قولُهُ: نفساً أو مالاً) شَمِلَ المالُ الدَّينَ والعينَ، وينبغي أنْ يزيدَ: ((أو فعلاً)) كما لو كفَلَ تسليمَ الأمانةِ أو تسليمَ الدَّينِ كما سيأتي[٢] بيانُهُ. والمرادُ بالعينِ المضمُونةُ بنفسِها كالمغصُوبِ كما مرَّ[٣].

[٢٥٣٤٣] (قولُهُ: فلا تنفُذُ مِن صبيٍّ ولا مجنونٍ) أي: ولو الصَّبيُّ تاجراً، وكذا لا تَجُوزُ له إلاّ إذا

(قولُهُ: وينبغي أنْ يزيدَ: ((أو فعلاً)) كما لو كفَلَ تسليمَ الأمانةِ إلخ) قد عَلِمتَ دُخولَ الكفالةِ بتسليمِ المالِ في الكفالةِ بالمالِ.

(قولُهُ: لا تَجُوزُ له إلاّ إذا كان تاجراً) الظّاهرُ أنّه لو لم يكنِ الصَّغيرُ تاجراً وقَبِلَها له وليُّهُ تنفُذُ؛ لتمامِها بقَبُولِهِ، تأمّل ولتُراجَعْ عبارةُ "الكافي". وقد يقال: كيف لا تَصِحُّ له إلاّ إذا كان تاجراً مع أنّها نفعٌ محضٌ؟ وما كان نفعاً لا يتوقّفُ على إجازةِ الوليِّ، وسيأتي لـ "المحشّي": الكفالةُ عن الصَّبيِّ، وله عندَ قولِ "المصنّف": ((وصحَّ لو ثمناً))، فليُنظَرْ.

ثمَّ رأيتُ في "الفصولين" ما نصُّهُ: ((الكفالةُ للصَّبيِّ لم تَجُزْ، قيل: هو حَجْرٌ عن الضّارِّ لا النّافعِ بدليلِ قَبُولِ الهبةِ والصَّدقةِ، وفي هذا منفعةٌ فيَجُوزُ))، قال: ((لأنَّ الهبةَ والصَّدقةَ تَصِحُّ بالفعلِ، وفعلُهُ معتبرٌ، وأمّا هنا فلا بدَّ مِن قولٍ، وقولُهُ لم يُعتبرْ)) اهـ مِن الفصلِ الثّلاثينَ. لكنَّ المقرَّرَ أنَّ ما تمحَّضَ نفعاً مِن العُقودِ كالاتّهابِ وقَبْضِ الهبةِ يَصِحُّ بلا توقُّفٍ على الإذنِ.

---

(١) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالنفس إلخ ١٩/١٨٣.

(٢) المقولة [٢٥٥٥١] قوله: ((فلو بتسليمِها صحَّ في الكلِّ)) وما بعدها.

(٣) صـ١٠ـ "در".

إلاّ إذا استدانَ له وليُّهُ وأمَرَهُ أنْ يكفُلَ المالَ عنه فتَصِحُّ، ....

٢٥١/٤ كان تاجراً، وأمّا الكفالةُ عنه فهي لازمةٌ للكفيلِ يؤخَذُ بها، ولا يُجبَرُ الصَّبيُّ على الحضُورِ معه إلاّ إذا كانت بطلبِهِ وهو تاجرٌ، أو بطلبِ أبيهِ مُطلقاً، فإنْ تغيَّبَ فله أَخْذُ الأبِ بإحضارِهِ أو تخليصِهِ، والوصيُّ كالأبِ. ولو كفَلَ بنفسِ الصَّبيِّ على أنّه إنْ لم يوافِ به فعليه ما ذابَ[١] عليه جازَت كفالةُ النَّفسِ، وما قضَى به على أبيهِ أو وصيِّهِ لَزِمَ الكفيلَ، ولا يَرجِعُ على الصَّبيِّ إلاّ إذا أمَرَهُ الأبُ أو الوصيُّ بالضَّمانِ. اهـ مُلخَّصاً مِن "كافي الحاكم".

[٢٥٣٤٤] (قولُهُ: إلاّ إذا استدانَ له وليُّهُ) أي: مَن له وِلايةٌ عليه مِن أبٍ أو وصيٍّ لنفقةٍ أو غيرِها مِمّا لا بدَّ له مِنه.

[٢٥٣٤٥] (قولُهُ: وأمَرَهُ أنْ يكفُلَ المالَ عنه) قيَّدَ بالمالِ احترازاً عنِ النَّفسِ؛ لأنَّ ضمانَ الدَّينِ قد لَزِمَهُ، أي: لَزِمَ الصَّبيَّ مِن غيرِ شرطٍ، فالشَّرطُ لا يَزيدُهُ إلاّ تأكيداً فلم يكنْ مُتبرِّعاً. فأمّا ضمانُ النَّفسِ وهو تسليمُ نفسِ الأبِ أو الوصيِّ فلم يكنْ عليه، فكان مُتبرِّعاً به فلم يَجُزْ، "بحر"[٢] عن "البدائع"[٣].

(قولُهُ: مِمّا لا بدَّ له مِنه) الظّاهرُ أنّه غيرُ قيدٍ، بل لو اشتَرَى له شيئاً ليس مِمّا لا بدَّ له مِنه يكونُ كذلك، تأمَّلْ.

ثمَّ رأيتُ في "جامع أحكام الصِّغار" على ما نقلَهُ "الحمَويّ": ((فإنْ كان الدَّينُ دَيْنَ الصَّبيِّ بأنِ اشتَرَى الأبُ أو الوصيُّ شيئاً للصَّغيرِ بالنَّسيئةِ وأمَرَهُ حتّى ضَمِنَ المالَ أو ضَمِنَ بنفسِ الأبِ والوصيِّ فضمانُهُ بالمالِ جائزٌ وضمانُهُ بالنَّفسِ باطلٌ، أمّا ضمانُهُ بالمالِ فلأنّه التزَمَ شيئاً كان عليه قبلَ الضَّمانِ فإنّه قَبْلَهُ كان يَرجِعُ رَبُّ المالِ عليه فلم يكنْ هذا الضَّمانُ تبرُّعاً إلخ)) اهـ.

---

(١) أي: ما ثَبَتَ ووَجَبَ عليه بالقضاء، كما سيبيِّنه ابنُ عابدين رحمه الله في المقولة [٢٥٥١٣]، والمقولة [٢٥٦٩٦].

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٣/٦ ـ ٢٢٤.

(٣) "البدائع": كتاب الكفالة ـ فصلٌ وأما شرائط الكفالة ٥/٦ ـ ٦.

ويكونُ إذناً في الأداءِ، "محيط". ومُفادُهُ: أنَّ الصَّبيَّ يُطالَبُ بهذا المالِ بموجَبِ الكفالةِ، ولولاها لَطُوْلِبَ الوليُّ، "نهر"(١). ولا مِن مريضٍ(٢) إلاّ مِن الثُّلثِ، ولا مِن عبدٍ ولو مأذُوناً في التجارة، ويُطالَبُ بعدَ العِتقِ إلاّ إنْ أَذِنَ(٣) له المولى، ....

[٢٥٣٤٦] (قولُهُ: ويكونُ إذناً في الأداءِ) لأنَّ الوصيَّ ينوبُ عنه في الأداءِ، فإذا أمَرَهُ بالضَّمانِ فقد أَذِنَ له في الأداءِ، فيَجبُ عليه الأداءُ، "نهر"(٤) عن "المحيط".

[٢٥٣٤٧] (قولُهُ: ولولاها لطُولِبَ الوليُّ) أي: فقط.

[٢٥٣٤٨] (قولُهُ: ولا مِن مريضٍ إلاّ مِن الثُّلثِ) لكنْ إذا كفَلَ لوارثٍ أو عن وارثٍ لا تَصِحُّ أصلاً، ولو كان عليه دَينٌ محيطٌ بمالِهِ بطَلَت. ولو كفَلَ ولا دَينَ عليه، ثمَّ أقرَّ بدَينٍ محيطٍ لأجنبيٍّ ثمَّ ماتَ فالمقَرُّ له أَولى بتَركتِهِ مِن المكفُولِ له. وإنْ لم يُحِطْ: فإنْ كانت الكفالةُ تخرُجُ مِن ثُلثِ ما بقيَ بعدَ الدَّينِ صحَّت كلُّها، وإلاّ فبقَدْرِ الثُّلثِ. وإنْ أقرَّ المريضُ أنَّ الكفالةَ كانت في صحَّتِهِ لَزِمَهُ الكلُّ في مالِهِ إنْ لم تكنْ لوارثٍ أو عن وارثٍ، وتمامُهُ في الفصلِ التّاسعَ عشرَ مِن "التّاترخانيَّة"(٥).

[٢٥٣٤٩] (قولُهُ: ولا مِن عبدٍ) أي: لا تَصِحُّ الكفالةُ مِنه بنفسٍ أو مالٍ كما في "الكافي"، وسواءٌ كفَلَ عن مولاهُ أو أجنبيٍّ كما في "التّاترخانيَّة"(٦).

[٢٥٣٥٠] (قولُهُ: إلاّ إنْ أَذِنَ له المولى) أي: بالكفالةِ عن مولاهُ أو عن أجنبيٍّ، فتَصِحُّ كفالتُهُ إذا لم يكنْ مديُوناً. وكذا الأمةُ، والمدبَّرةُ، وأمُّ الولدِ. وإنْ كان مديُوناً لا يلزمُهُ شيءٌ ما لم يَعْتِقْ، "تاترخانيَّة"(٧)، وسيأتي(٨) تمامُ الكلامِ عليه قُبَيلَ الحوالةِ.

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/أ.

(٢) أي: ((ولا تنفذُ الكفالةُ من مريض إلخ)).

(٣) في "د" و"و": ((إلا إذا أذن)).

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/أ.

(٥) انظر "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل التاسع عشر في كفالة المريض وموت الكفيل ٤/ق٢٢١/أ.

(٦) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثالث في بيان من تصح الكفالة منه ومن لا تصح ٤/ق٢٠٠/أ.

(٧) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثالث في بيان من تصح الكفالة منه ومن لا تصح ٤/ق٢٠٠/أ بتصرف.

(٨) المقولة [٢٥٨١٤] قوله: ((ولو كفَلَ عبدٌ غيرُ مديونٍ مُستغرِقٍ إلخ)).

ولا مِن مُكاتَبٍ ولو بإذنِ المولى. (والمُدَّعِي) وهو الدّائنُ (مكفُولٌ له، والمُدَّعَى عليه) وهو المديُونُ (مكفُولٌ عنه) ويُسمَّى الأصيلَ أيضاً (والنَّفسُ أو المالُ مكفُولٌ به، ومَن لَزِمَتهُ المطالَبةُ...

[٢٥٣٥١] (قولُهُ: ولا مِن مُكاتَبٍ إلخ) أي: ويُطالَبُ بها بعدَ عِتقِهِ، وهذا لو كانت عن أجنبيٍّ كما في "البحر"[1]. وقال أيضاً[1]: ((وتَصِحُّ كفالةُ [٣/ق١٦١/ب] المكاتَبِ والمأذُونِ عن مولاهُما)). قال في "النَّهر"[2]: ((وينبغي أنْ يُقيَّدَ ذلك بما إذا كانت بأمرِهِ، ثمَّ رأيتُهُ كذلك في "عقد الفرائد"[3] معزيّاً إلى "المبسوط"[4])).

قلتُ: وسيأتي[5] أيضاً متناً قبيلَ الحوالةِ في العبدِ مع التَّقييدِ بكونِهِ غيرَ مديُونٍ مُستغرَقٍ.

[٢٥٣٥٢] (قولُهُ: والمُدَّعي) أي: مَن يكونُ له حَقُّ الدَّعوى على غريمِهِ؛ إذ لا يلزَمُ في إعطاءِ الكفيلِ الدَّعوى بالفعلِ.

[٢٥٣٥٣] (قولُهُ: مكفُولٌ له) ويسمَّى الطّالبَ أيضاً.

[٢٥٣٥٤] (قولُهُ: مكفُولٌ عنه) هذا في كفالةِ المالِ دونَ كفالةِ النَّفسِ، ففي "البحر"[6] عن "التَّاترخانيَّة"[7]: ((ويقالُ للمكفُولِ بنفسِهِ: مكفُولٌ به، ولا يقالُ: مكفُولٌ عنه)) اهـ. لكنْ قال "الخيرُ الرَّمليّ": ((وجَدنا بعضَهم يقولُهُ، ووُجِدَ في "التَّاترخانيَّة"[8] عن "الذَّخيرة")).

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٤.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/أ.

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ١/ق٢٨٥.

(٤) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة عن الصبيان والمماليك ٢٠/١٢.

(٥) صـ٢٠٤ـ "در".

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٥.

(٧) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها ٤/ق١٩٩/أ، نقلاً عن "شرح الطحاوي".

(٨) لم نقف عليه في مخطوطة "التاترخانية" التي بين أيدينا.

كفيلٌ)، ودليلُها: الإجماعُ، وسندُهُ: قولُهُ عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ: ((الزَّعيمُ غارِمٌ))،

[٢٥٣٥٥] (قولُهُ: كفيلٌ) ويسمَّى: ضامناً، وضَمِيناً، وحَمِيلاً، وزَعِيماً، وصَبِيراً، وقَبِيلاً، وتمامُهُ في "حاشية البحر" لـ "الرَّمليّ".

[٢٥٣٥٦] (قولُهُ: وسندُهُ) أي: سندُ الإجماعِ؛ إذ لا إجماعَ إلاّ عن مُستنَدٍ وإنْ لم يلزَمْ عِلمُنا به.

[٢٥٣٥٧] (قولُهُ: قولُهُ عليه الصَّلاةُ والسَّلام: ((الزَّعيمُ غارِمٌ))) أي: يلزمُهُ الأداءُ عندَ المطالبةِ به، فهو بيانٌ لحُكمِ الكفالةِ. والحديثُ ـ كما في "الفتح"[1] ـ رواهُ "أبو داودَ" و"التِّرمذيُّ" وقال: حديثٌ حسنٌ[2].

---

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٣.

(٢) روى إسماعيلُ بنُ عيّاشٍ حدَّثنا شُرَحْبيلُ بنُ مسلمٍ الخَولانيُّ عن أبي أُمامةَ الباهليِّ رضي الله عنه قال: سَمِعتُ رسولَ الله ﷺ يقول في خُطبته عامَ حَجَّة الوداع: ((إنَّ اللهَ قد أَعْطَى كلَّ ذي حَقٍّ حَقَّهُ، ولا وصيَّةَ لوارثٍ، الولدُ للفراشِ وللعاهرِ الحَجَرُ، وحسابُهُم على الله، مَن ادَّعَى إلى غيرِ أبيه أو انْتَمَى إلى غير مَواليه فعليه لعنةُ الله التّابعةُ إلى يوم القيامةِ، ولا تُنْفِقِ المرأةُ شيئاً مِن بيتها إلاّ بإذْنِ زوجها))، فقيل: يارسولَ الله ولا الطَّعامَ؟! قال: ((ذلك أَفْضَلُ أموالِنا))! ثُمَّ قال: ((إنَّ العاريَةَ مُؤدّاةٌ، والمِنْحةَ مَردُودةٌ، والدَّينَ مَقضِيٌّ، والزَّعيمَ غارِمٌ)). رواه أصحابُ إسماعيلَ عنه مُختصَراً ومُطوَّلاً، والحديثُ واحدٌ، قطَّعَه بعضُ الرُّواةِ والمصنِّفينَ اختصاراً، وبعضُهم لا يذكُرُ لفظَ ((الزَّعيمَ غارِمٌ)).

فقد رواه يحيى بنُ مَعِينٍ، وعبدُ الرَّزاق، وسعيدُ بنُ منصورٍ، وهارونُ بنُ مَعروفٍ، وأبو المُغيرةِ، وهَنّادٌ، وعليُّ ابنُ حُجْرٍ، وعبدُ الوهّاب بنُ نَجْدةَ الحَوْطيُّ، وأبو بكرِ بنُ أبي شَيبةَ، وأبو داودَ وأبو الوليدِ الطَّيالِسيّانِ والحسَنُ بنُ عَرَفَةَ ويحيى بنُ حسّانَ، كلُّهم ذكَرُوا لفظَ ((الزَّعيمَ غارِمٌ)). واختصرَه الأعمشُ وابنُ إسحاقَ وهشامُ بنُ عمّارٍ وأسَدُ بنُ موسى عن إسماعيلَ فرَوَوْهُ دونَ هذا اللَّفظِ.

أخرجه أبو داودَ (٢٨٧٠) في الوصايا ـ باب في الوصيَّة للوارث، و(٣٥٦٥) في البيوع ـ باب في تضمين العارية، والتِّرمذيُّ (٦٧٠) في الزَّكاة ـ باب نفقة المرأةِ مِن بيتِ زوجها، وقال: حسَنٌ، و(١٢٦٥) في البيوع ـ باب العارية مُؤدَّاة، وقال: حسَنٌ غريبٌ، و(٢١٢٠) في الوصايا ـ باب لا وصيَّةَ لوارث، وابنُ ماجَه (٢٠٠٧) في النِّكاح ـ باب الولد للفراش، و(٢٤٠٥) في الصَّدَقات ـ باب الكفالة، و(٢٣٩٨) باب العارية، و(٢٧١٣) في الوصايا ـ باب لا وصيَّةَ لوارث، وعبدُ الرَّزاق (٧٢٧٧) و(١٤٧٦٧) و(١٤٧٩٦) و(١٦٣٠٨) و(١٦٦٢١)، وأحمدُ ٥/٢٦٧، وأبو بكرِ بنُ أبي شَيبةَ ٤/ ٤١٥ و٦/ ١٤٥ و٥٨٥ و٧/ ٢٠٠ و ٨/ ٧٢٧ و١١/ ١٤٩، وأبو داودَ الطَّيالِسيُّ (١٢٢٧) و(١٢٢٨)، و سعيدُ بنُ منصورٍ (٤٢٧)، وعبدُ الله بنُ أحمدَ في "زوائد المسند" ٥/٢٦٧، =

= و"العِلَل" (٣٩٥٢)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٧٦١٥) و(٧٦٢١)، و"مسند الشّاميِّين" (٥٤١)، وابنُ الجارودِ في "المنتقى" (١٠٢٣)، وأبو جعفرٍ الطَّحاويُّ في "شرح المعاني" ٣/١٠٤، وفي "بيان المُشكِل" (٣٦٣٣)، والدّارقطنيُّ ٣/ ١٦٦، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ١/ ٢٩٢ - ٢٩٣، وتمّامٌ في "الفوائد" كما في "الرَّوض البسّام" (٦٩٨)، وأبو نُعَيمٍ في "أخبار أصبهان" ٢/ ٢٢٨، وأبو بكرٍ البيهقيُّ في "الكبرى" ٤/ ١٩٣ - ١٩٤ و٦/ ٧٢ و٨٨ و٢١٢ و٢٦٤، وابنُ عبدِ البَرِّ ١٢ /٣٩، والقُضاعيُّ في "مسند الشِّهاب" (٥٠)، وابنُ عساكرَ في "تاريخ دمشق" ٩/٤٨.

وزاد أبو المُغيرةِ عبدُ القُدُّوسِ بنُ الحَجّاجِ عند ابنِ عَديٍّ: شُرَحْبيلُ بنُ مسلمٍ الخَولانيُّ، وصفوانُ الأصمُّ الطّائيُّ عن أبي أُمامةَ به.

قال التِّرمذيُّ: حسَنٌ صحيحٌ، وقد رُوِيَ عن أبي أُمامةَ عن النَّبيِّ مِن غيرِ هذا الوجهِ، وروايةُ إسماعيلَ بنِ عَيّاشٍ عن أهلِ العراق وأهلِ الحجازِ ليس بذلك فيما تفرَّدَ به؛ لأنَّه رَوى عنهم مَناكيرُ، وروايتُه عن أهلِ الشّام أصحُّ . هكذا قال محمّدُ بنُ إسماعيلَ.

قال الطَّحاويُّ: وإنْ كان ذلك لم يُرْوَ إلاّ مِن جهةٍ واحدةٍ غيرَ أنَّ أهلَ العِلمِ قد قَبِلوا ذلك واحتَجُّوا به فغَنِيَ بذلك عن طلَبِ الأسانيدِ فيه.

قال ابنُ حجَرٍ في "التَّلخيص" ٣/٩٢: وهو حسَنُ الإسناد. ثمَّ قال: قال الشّافعيُّ: روى بعضُ الشّاميِّينَ حديثاً ليس مِمّا يُثبِتُهُ أهلُ الحديثِ، فإنَّ بعضَ رُواتِه مجهولونَ ... وكأنَّه أشار إلى حديث أبي أُمامةَ المُتقدِّم اهـ.

وشُرَحْبيلُ بنُ مُسلمٍ الخَولانيُّ الشّاميُّ: قال أحمدُ: مِن ثقاتِ الشّاميِّينَ، ووثَّقَه ابنُ نُمَيرٍ والعِجليُّ وابنُ حبّانَ، وقال ابنُ مَعِين: ضعيفٌ.

ورواه المسيَّبُ بنُ واضحٍ عن إسماعيلَ بنِ عَيّاشٍ عن محمّدِ بنِ زيادٍ عن أبي أُمامةَ مُختصَراً. أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" (٧٥٣١). والمسيَّبُ بنُ واضحٍ: كان النَّسائيُّ حسَنَ الرَّأيِ فيه، قال أبو حاتمٍ: صَدوقٌ يُخطِئُ كثيراً، فإذا قيل له لم يَقبَلْ. ولعلَّ هذا مِن أخطائه، فقد خالَفَ عامَّةَ أصحابِ إسماعيلَ مِن الأئمَّةِ الثِّقاتِ الأثباتِ.

ورواه محمّدُ بنُ إسماعيلَ بنِ عَيّاشٍ عن أبيه عن ضَمْضَمِ بنِ عمرٍو عن شُرَيحِ بنِ عُبيدٍ، قال: قال خِداشٌ عن أبي أُمامةَ الباهليِّ: أنَّه شَهِدَ مع رسولِ الله حَجَّةَ الوداعِ، وفيه : ((ألا إنَّ العاريَةَ مُؤدّاةٌ، وإنَّ المِنْحَةَ مُؤدّاةٌ، والولَدُ للفِراشِ وللعاهرِ الحَجَرُ)).

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" (٧٦٤٧). ومحمّدُ بنُ إسماعيلَ بنِ عَيّاشٍ: قال أبو داودَ: لم يكنْ بذلك، قد رأيتُهُ، ودخَلتُ حِمْصَ غيرَ مَرَّةٍ وهو حَيٌّ، وسألتُ عمرَو بنَ عثمانَ عنه فذَمَّهُ، وقال أبو حاتمٍ: لم يَسمَعْ من أبيه شيئاً، حَمَلُوهُ على أنْ يُحدِّثَ فحدَّثَ. وخطؤهُ ومُخالَفتُهُ للثِّقاتِ واضحٌ.

وروى المُعتَمِرُ بنُ سليمانَ عن الحَجّاجِ بنِ فُرافِصةَ عن محمّدِ بنِ الوليدِ عن أبي عامرٍ الهَوْزَنيِّ عن أبي أُمامةَ مُختصَراً. أخرجه النَّسائيُّ في "الكبرى" (٥٧٨١) في العارية - المَنِيحَة، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٧٦٤٨)، والرُّويانيُّ في "مسنده" (١٢٥٧). وأبو عامرٍ الهَوْزَنيُّ عبدُ الله بنُ لُحَيٍّ: ثقةٌ، والحَجّاجُ بنُ فُرافِصةَ: شيخٌ صالحٌ مُتعبِّدٌ، قال أبو زُرْعةَ: ليس بالقويِّ، وقال ابنُ مَعِينٍ: لا بأسَ به. ومحمّدُ بنُ الوليدِ: هو الزُّبيديُّ الشّاميُّ، الثِّقَة. =

= وروى الهيثمُ بنُ خَارجةَ عنِ الجَرَّاحِ بنِ مَليحٍ البَهْرانيُّ عن حاتمِ بنِ حُرَيثٍ الطَّائيُّ عـن أبي أُمامـةَ عـن النَّبـيِّ ﷺ قال: ((العاريَةُ مُؤدّاةٌ، والمِنْحَةُ مَردُودةٌ، ومَن وجَدَ لِقْحَةً مُصَرّاةً فلا يَحِلُّ له صِرارُها حتّى يُرِيَهـا)). دونَ ذِكْرِ ((الزَّعيمُ غارِمٌ)).

أخرجه النَّسائيُّ في "الكبرى" (٥٧٨٢)، وأبو حاتمٍ بنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٥٠٩٤)، والطَّبرانيُّ (٧٦٣٧).

وروى الوليدُ بنُ مسلمٍ عن عبدِ الرَّحمنِ بنِ يزيدَ بنِ جابرٍ عن سُلَيمِ بنِ عامرٍ وغيرِه عن أبي أُمامةَ وغيرِه عن النَّبـيِّ ﷺ قال: ((ألا إنَّ اللهَ قد أَعْطى كلَّ ذي حَقٍّ حَقَّهُ، ألا لا وصيَّةَ لوارثٍ)). أخرجه ابنُ الجارودِ في "المنتقى" (٩٤٩).

ورواه ابنُ المُباركِ عن عبدِ الرَّحمنِ بنِ يزيدَ بنِ جابرٍ عن سعيدِ بـنِ أبـي سـعيدٍ عمَّـن سَـمِعَ النَّبـيَّ ﷺ، (ح) ورواه العبّاسُ بنُ الوليدِ بنِ مَزْيَد عن أبيه عنِ ابنِ جابرٍ عن سعيدِ بنِ أبي سعيدٍ شيخٍ بالسّاحلِ، حدَّثني رجـلٌ مِـن أهلِ المدينةِ، قال: إنّي لَتحْتَ ناقةِ رسولِ الله، فذكَرَ نحوَه.أخرجه أحمدُ د/ ٢٩٣، والدّارقطنيُّ ٧٠/٤، والخطيـبُ في "المتَّفِق والمُفترِق" ١٠٤٥/٢ ـ ١٠٤٦.

ورواه الحسَنُ بنُ سفيانَ الفَسَويُّ وأحمدُ بنُ أنسِ بنِ مالكٍ وأبو بكرٍ الباغَنْديُّ عن هشامِ بنِ عمّارٍ عن محمّدِ بنِ شعيبِ بنِ شابُوْرٍ عن سعيدِ بنِ أبي سعيدٍ عن أنسِ بنِ مالكٍ قال: إنّي لَتحْتَ ناقةِ رسولِ اللهِ يَسِيلُ عَليَّ لُعابُها قـال: ((العَاريَةُ مُـؤَدَّاةٌ وَالمِنْحَـةُ مَـرْدُوْدَةٌ ...)) بطُولِه. ورَواه ابـنُ ماجَـه عـن هِشـامِ بـنِ عَمّـار وعبـدِ الرحمـنِ بـن إبراهيـمَ الدِّمَشْقِيَّان. وبعضُهم يَروِيهِ مُقَطَّعاً ومختَصَراً.

أخرجه ابنُ ماجَه (٢٣٩٩) في الصَّدَقات ـ باب العاريَةِ، و(٢٧١٤) في الوصايا ـ باب لا وصيَّةَ لوارثٍ، والطَّبرانيُّ في "الشّاميِّينَ" (٦٢١)، والضِّيـاءُ في "المُختـارة" (٢١٤٤ ـــ ٢١٤٦) وابـنُ عسـاكرَ في "تـاريخ دمشـقَ" ٢٧٩/٢١ و٢٨٠. زاد الباغَنْديُّ في سعيدٍ: المَقْبُريّ.

ورواه سليمانُ بنُ عبدِ الرَّحمنِ الدِّمشقيُّ ومحمودُ بنُ خالدٍ وداودُ بنُ رُشَيدٍ وسليمانُ بنُ أحمدَ الواسِـطِيُّ عـن عمرَ بنِ عبدِ الواحد حدَّثني سعيدُ بنُ أبي سعيدٍ عن أنسِ بنِ مالكٍ نحوَه.

أخرجه أبو داودَ (٥١١٥) في الأدب ـ باب الرَّجل ينتمي إلى غـير مَواليـه، والطَّبرانيُّ في "الشّـاميِّينَ" (٦٢٠)، والدّارقطنيُّ ٧٠/٤ ـ وعنـه البيهقـيُّ ٢٦٤/٦ ـــ ٢٦٥، والضِّيـاءُ في "المُختـارة" (٢١٤٧)، وابـنُ عسـاكرَ في "تـاريخ دمشقَ" ٢٧٨/٢١. زاد سليمانُ بنُ عبدِ الرَّحمنِ في سعيدٍ: ونحن ببيروتَ. وزاد سليمانُ الواسِـطيُّ عنـد ابـنِ عسـاكرَ: ابنَ أبي سعيدٍ المَقْبُريّ ونحن ببيروتَ. ووقَعَ عند الزَّيلعيِّ في "نصب الرّاية" ٨/٤د نقلاً عن "مسند الشّاميِّينَ" في سعيدٍ (المَقْبُريّ)، ولم أَجِدْها في "مسند الشّاميِّينَ" مِن رواية أحمدَ بنِ أنسٍ، إلاّ أنَّ هذا يوافِقُ ما ذَكَرَه ابنُ عساكرَ مِن روايةِ سليمانَ بنِ أحمدَ الواسِطيِّ، وروايةِ أبي بكرٍ الباغَنْديِّ.

قال ابنُ عساكرَ: فرَّقَ الخطيبُ في "المتَّفِق والمُفترِق" بين المَقْبُريِّ وبـين سعيدِ بـنِ أبـي سـعيدٍ الـذي حَـدَّثَ ببيروتَ، ووَهِمَ في ذلك اهـ. ومشَى على ذلك في "أطرافه"، وتَبِعَه المِزِّيُّ في "تحفة الأشراف" ٢٢٥/١، و"تهذيـب الكمال" ٤٧١/١٠، والبُوصِيريُّ في "مصباح الزُّجاجة" ٦٢/٢ (٨٤٨). =

= قال الزَّيلعيُّ في "نصب الرّاية" ٤/٤٠٤: قال ابنُ عبدِ الهادي صاحبُ "التَّنقيح": حديثُ أنسٍ ذكَرَه ابنُ عساكرَ وشيخُنا المِزِّيُّ في "الأطراف"، وهو خطأٌ، وإنَّما هو السّاحِليُّ، ولا يُحتجُّ به ... وقال في تعليقٍ له على "تحفة الأشراف" ١/٢٢٥: وليس هو المَقْبُريَّ، أحدَ الثِّقاتِ، والظّاهرُ: أنَّه سعيدُ بنُ خالدٍ، أي: ابنُ أبي طَويلٍ الصَّيداويُّ، فقد روى عنه محمّدُ بنُ شُعيبٍ.

وتَبِعَه على ذلك ابنُ حجرٍ في "التَّهذيب" ٢/٢٢ فقال: وذكَرَ الحافظُ سعدُ الدِّينِ الحارثيُّ أنَّ ابنَ عساكرَ لم يُصِبْ في توهيمِ الخطيبِ، وصدَّقَ الحارثيُّ، وقد جاء في كثيرٍ مِن الرِّواياتِ عن ابنِ جابرٍ عن سعيدِ بنِ أبي سعيدٍ السّاحِليِّ عن أنسٍ. والرِّوايةُ التي وقعَتْ لابنِ عساكرَ وفيها (المَقْبُريّ) كأنَّها وَهْمٌ مِن أحدِ الرُّواةِ، وهو سليمانُ بنُ أحمدَ الواسِطيُّ ـ ضعيفٌ جدّاً ـ [وكذلك رواه الباغَنْديُّ، وهو وإنْ كان حافظاً إلاّ أنَّه غيرُ مَرْضيٍّ، قال الدّارقطنيُّ: مُدَلِّسٌ مُخَلِّطٌ، قال الإسماعيليُّ: لا أَتَّهِمُهُ في قَصْدِ الكَذِبِ]. وروى ابنُ ماجَه في الجهادِ عن عيسى بنِ يُونُسَ الرَّمليِّ عن محمَّدِ بنِ شُعيبِ بنِ شابُورٍ عن سعيدِ بنِ خالدِ بنِ أبي الطَّويلِ الصَّيداويِّ ـ ويقال: البيروتيِّ ـ عن أنسٍ حديثاً. فيَحتمِلُ أنْ يكونَ سعيدُ بنُ أبي سعيدٍ السّاحليُّ هو سعيدَ بنَ خالدٍ هذا، فقد أخرج له ابنُ ماجَه حديثين مِن روايةِ ابنِ شُعيبٍ عنِ ابنِ جابرٍ عنه، فيَحتمِلُ أنْ يكونَ ابنُ جابرٍ سقَطَ في حديث سعيدِ بنِ خالدٍ . والله أعلمُ.

وأخرجه عبدُ الرزّاق في "المصنَّف" (١٤٧٩٧) عن مَعْمَرٍ عن ابنِ طاوسٍ عن أبيه في قضيّةِ معاذٍ: ((كلُّ عاريَةٍ مَردُودةٌ، والزَّعيمُ غارِمٌ)).

ورواه إسماعيلُ بنُ عبدِ الله بنِ زُرارةَ السُّكَّريُّ الرَّقِّيُّ عن شيخٍ يقالُ له: عبدُ العزيز بنُ عبدِ الرَّحمن القُرَشيُّ البالِسيُّ عن خُصَيفٍ عن أبي صالحٍ عن أسماءَ بنتِ يزيدَ الأنصاريَّةِ عن خُزَيمةَ بنِ ثابتٍ الأنصاريِّ: إنِّي لقائمٌ تحتَ جرانِ ناقةِ رسولِ الله ﷺ تَقصَعُ عليَّ بجرَّتِها، ويذوبُ عليَّ لُعابُها... فذكَرَ الحديثَ، وفيه: ((لا وصيَّةَ لوارثٍ، والولَدُ للفِراشِ، والعاريَةُ مَردُودةٌ، والدَّينُ مَقضِيٌّ، والزَّعيمُ غارِمٌ، وهو الكفيلُ)). قال عبدُ الله بنُ أحمدَ في "العِلَل" (٥٤١٩): سألتُ أبي عن أحاديثِ عبدِ العزيز، فقال أبي: اضرِبْ على حديثه، هي كَذِبٌ، أو قال: موضوعةٌ، أو كما قال أبي، فضرَبْتُ على أحاديثِ عبدِ العزيز بنِ عبدِ الرَّحمن.

ورواه إسماعيلُ الشَّعيريُّ عن إسماعيلَ بنِ أبي زيادٍ عنِ الثَّوريِّ عن سالمٍ الأفطسِ عن سعيدِ بنِ جبيرٍ عن ابنِ عباسٍ مرفوعاً: ((الزَّعيمُ غارِمٌ، والدَّينُ مَقضيٌّ، والعاريَةُ مُؤدّاةٌ، والمِنْحةُ مَردُودةٌ)). أخرجه ابنُ عَديٍّ في "الكامل" ١/ ٣١٤. وإسماعيلُ بنُ أبي زيادٍ: كوفيٌّ مُنكَرُ الحديثِ، وإسماعيلُ هذا عامَّةُ ما يرويه لا يُتابعُه أحدٌ عليه، إمّا إسناداً وإمّا متناً.

ورواه عبدُ الله بنُ شَبيبٍ عن إسحاقَ بنِ محمّدٍ الفَرْويِّ عن عبدِ الله بنِ عمرَ العُمَريِّ عن زيدِ بنِ أسلمَ عنِ ابنِ عمرَ مرفوعاً: ((العاريَةُ مُؤدّاةٌ)).

أخرجه البزّارُ كما في "كشف الأستار" (١٢٩٧). قال البزّارُ: لا نعلمُه عنِ ابنِ عمرَ إلاّ بهذا الإسناد. وعبدُ الله بنُ شَبيبٍ: قال الذَّهبيُّ: أخباريٌّ واهٍ، وقال أبو أحمدَ الحاكمُ: ذاهبُ الحديث، وقال ابنُ حبّانَ: يَقْلِبُ الأخبارَ ويَسْرِقُها.

وتركُها أحوطُ. ....

وقد استدلَّ في "الفتح"[١] لشرعيَّتِها بقولِهِ تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]. وعادتُهم تقديمُ ما ورَدَ في الكتابِ على ما في السُّنَّةِ، و"الشّارحُ" لم يذكُرْهُ أصلاً، ولعلَّهُ لشُهرتِهِ، أو لِما قيلَ: إنَّه لا كفالةَ هنا؛ لأنَّه مستأجرٌ لِمَن جاءَ بالصُّواعِ بحِمْلِ بعيرٍ، والمستأجرُ يلزمُهُ ضمانُ الأجرةِ. ولكنَّ جوابَهُ أنَّ الكفيلَ كان رسولاً مِن المَلِكِ لا وكيلاً بالاستئجارِ، والرَّسولُ سفيرٌ، فكأنَّه قال: إنَّ المَلِكَ يقولُ: لِمَن جاءَ به حِمْلُ بعيرٍ، ثمَّ قال الرَّسولُ: وأنا بذلك الحِمْلِ زعيمٌ، أي: كفيلٌ، وبحَثَ فيه في "النَّهر"[٢].

[٢٥٣٥٨] (قولُهُ: وتركُها أحوطُ) أي: إذا كان يخافُ أنْ لا يملِكَ نفسَهُ مِن النَّدمِ على ما[٣] فعلَهُ مِن هذا المعروفِ، أو المرادُ أحوطُ في سلامةِ المالِ لا في الدِّيانةِ؛ إذ هي بالنِّيَّةِ الحسنةِ تكونُ طاعةً يُثابُ عليها، فقد قال في "الفتح"[٤]: ((ومحاسنُ الكفالةِ جليلةٌ، وهي تفريجُ كَرْبِ الطّالبِ الخائفِ على مالِهِ، والمطلُوبِ الخائفِ على نفسِهِ حيث كُفِيا مَؤُونةَ ما أَهمَّهما، وذلك نِعمةٌ كبيرةٌ عليهما، ولذا كانت مِن الأفعالِ العاليةِ))، وتمامُهُ فيه.

(قولُهُ: وبحَثَ فيه في "النَّهر") بقولِهِ: ((وفي كونِهِ مُستأجِراً نظَرٌ؛ إذِ المُستأجَرُ مجهُولٌ، فأنَّى تَصِحُّ الإجارةُ؟ وأيضاً فيه عدُولٌ عن الظّاهرِ بما لا داعيَ إليه؛ إذ على ما ادَّعَى يكونُ قولُهُ: ((وأنا به زعيمٌ)) تصريحاً بما عُلِمَ مِن قولِهِ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾. وقال "الرّازيّ": هذه كفالةٌ لردِّ مالِ السَّرقةِ، وهو كفالةٌ لِما لم يَجِبْ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ للسّارقِ أنْ يأخُذَ شيئاً على ردِّ السَّرقةِ، ولعلَّ مثلَ هذه الكفالةِ كانت تَصِحُّ عندَهم)) اهـ. لكنْ فيما قالَهُ "الرّازيّ" تأمُّلٌ؛ إذ لا يَرِدُ ما قالَهُ إلاّ لو كان حِمْلُ البعيرِ لخصُوصِ السّارقِ، تأمَّلْ.

---

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٣.

(٢) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/ب.

(٣) ((ما)) ليست في "ب".

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٣.

مكتُوبٌ في التَّوراةِ: الزَّعامةُ أوَّلُها مَلامةٌ، وأوسَطُها نَدامةٌ، وآخِرُها غَرامةٌ، "مجتبَى".
(وكفالةُ النَّفسِ تنعقِدُ بـ: كَفَلْتُ بنفسِهِ ونحوِها ....

[٢٥٣٥٩] (قولُهُ: مكتُوبٌ في التَّوراةِ إلخ) رأيتُ في "الملتقط"[١]: ((قيل: مكتُوبٌ على بابٍ مِن أبوابِ الرُّومِ))، وفيه[١] زيادةٌ على ما هنا: ((ومَن لم يُصدِّقْ فليُجرِّبْ حتّى يعرِفَ البلاءَ مِن السَّلامةِ)).

[٢٥٣٦٠] (قولُهُ: أوَّلُها مَلامةٌ) سقَطَ ((أوَّلُها)) مِن بعضِ النُّسخِ، وهو موجُودٌ في "البحر"[٢] عن "المجتبَى". والمرادُ ـ واللهُ أعلمُ ـ أنَّه يعقُبُها في أوَّلِ الأمرِ المَلامةُ لنفسِهِ مِنه، أو مِن النّاسِ، ثمَّ عندَ المطالبةِ بالمالِ يندَمُ على إتلافِهِ لمالِهِ، ثمَّ بعدَ ذلك يَغرَمُ المالَ، أو يُتعِبُ نفسَهُ بإحضارِ المكفُولِ به؛ لأنَّ الغُرْمَ لُزومُ الضَّررِ، ومِنه قولُهُ تعالى: ﴿إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾ [الفرقان: ٦٥].

مطلبٌ: تَصِحُّ كفالةُ الكفيلِ

[٢٥٣٦١] (قولُهُ: وكفالةُ النَّفسِ تنعقِدُ إلخ) عبارةُ "الكنز"[٣]: ((وتَصِحُّ بالنَّفسِ وإنْ تعدَّدَت)). قال في "النَّهر"[٤]: ((أي: بأنْ أخَذَ مِنه كفيلاً ثمَّ كفيلاً، أو كان للكفيلِ كفيلٌ، ويَجُوزُ عَوْدُ الضَّميرِ إلى النَّفسِ بأنْ يَكفُلَ واحدٌ نفُوساً، والأوَّلُ هو الظّاهرُ)) اهـ. وقدَّمنا[٥] عن "كافي الحاكم" صحَّةَ كفالةِ الكفيلِ بالمالِ أيضاً.

٤/٢٥٢

[٢٥٣٦٢] (قولُهُ: بـ: كَفَلْتُ بنفسِهِ) بفتحِ الفاءِ[٦] أفصحُ مِن كسرِها، ويكونُ بمعنى: عالَ، فيتعدَّى بنفسِهِ، ومِنه: ﴿وكَفَلَها زَكَرِيّاءُ﴾[٧] [آل عمران:٣٧]، وبمعنى: ضَمِنَ والتزَمَ، فيتعدَّى

---

(١) "الملتقط": كتاب الكفالة ـ مطلب: كفل بنفس رجل على أنّه إن لم يسلم إليه إلخ صـ٤٠٩ـ باختصار.
(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٤.
(٣) "انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٢/٦٨.
(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/ب.
(٥) المقولة [٢٥٣٢٧] قوله: ((ومن عرَّفَها بالضَّمِّ في الدَّينِ إلخ)).
(٦) في "م": ((الباء))، وهو خطأ.
(٧) هي قراءةُ أبي جعفرٍ ونافعٍ وابنِ كثيرٍ وابنِ عامرٍ وأبي عمرٍو ويعقوبَ. انظر "المبسوط في القراءات العشر": صـ١٤٢ـ.

مِمّا يُعَبَّرُ به عن بدنِهِ) كالطَّلاقِ. وقدَّمنا[١] ثَمَّةَ أنَّهم لو تعارفُوا إطلاقَ اليدِ على الجملةِ وقَعَ به الطَّلاقُ، فكذا في الكفالةِ، "فتح"[٢]. (و) بجُزءٍ شائعٍ كـ: كَفَلتُ (بنِصْفِهِ، أو رُبُعِهِ، و) تنعقِدُ (بـ: ضَمِنتُهُ، أو: عليَّ، أو: إليَّ) ....

بالحرفِ، واستعمالُ كثيرٍ مِن الفقهاءِ له متعدِّياً بنفسِهِ مُؤَوَّلٌ[٣]، "رمليّ" عن "شرح الرَّوض"[٤].

[٢٥٣٦٣] (قولُهُ: مِمّا يُعَبَّرُ به عن بدنِهِ) أي: مِمّا يُعَبَّرُ به مِن أعضائِهِ عن جُملةِ البَدنِ كرأسِهِ، ووجهِهِ، ورقَبَتِهِ، وعُنقِهِ، وبدَنِهِ، ورُوحِهِ، وذكَرُوا في الطَّلاقِ الفَرْجَ ولم يذكُروهُ هنا، قالوا: وينبغي صحَّةُ الكفالةِ إذا كانتِ امرأةً، كذا في "التَّتارخانيَّة"[٥]، "نهر"[٦]، وتمامُهُ فيه.

[٢٥٣٦٤] (قولُهُ: وبجُزءٍ شائعٍ إلخ) لأنَّ النَّفسَ [٣/ق١٦٢/أ] الواحدةَ في حَقِّ الكفالةِ لا تتجزَّأُ[٧]، فذِكْرُ بعضِها شائعاً كذِكرِ كلِّها، ولو أضافَ الكفيلُ الجُزءَ إلى نفسِهِ كـ: كفَلَ لك نصفي أوثُلثي فإنَّه لا يَجُوزُ، كذا في "السِّراج"، لكنْ لو قيل: إنَّ ذِكْرَ بعضِ ما لا يتجزَّأُ كذِكْرِ كلِّهِ لم يَفترِقِ الحالُ، "نهر"[٨].

[٢٥٣٦٥] (قولُهُ: وتنعقِدُ بـ: ضَمِنتُهُ إلخ) أمّا ((ضَمِنتُهُ)) فلأنَّه تصريحٌ بمقتضى الكفالةِ؛ لأنَّه يصيرُ ضامناً للتَّسليمِ، والعقدُ ينعقِدُ بالتَّصريحِ بِمُوجَبِهِ كالبيعِ ينعقِدُ بالتَّمليكِ.

---

(١) ١٨٧/٩ و١٨٩ "در".

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٦/٦ بتصرف.

(٣) **نقول**: لا داعي للتأويل فقد ورد استعماله عن العرب متعدياً بنفسه بمعنى ضمن والتزم، كما في "اللسان" و"المصباح": مادة ((كفل)).

(٤) هو شرح القاضي زكريا الأنصاريّ (ت ٩٢٥هـ) على "الروض" لابن المقرئ (ت ٨٣٧هـ)، وتقدمت ترجمته ٣٩٠/٨.

(٥) "التاترخانية": كتاب الكفالة والضمان ـ الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ق ٢٠٠/أ.

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/ب.

(٧) في "م": ((لا تتجرأ)) بالراء المهملة، وهو خطأ.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/ب.

....

وأمّا ((عليَّ)) فلأنّه صيغةُ التزامٍ، ومِن هنا أفتى "قارئ الهداية"[(١)]: ((بأنّه لو قال: التزمتُ بما على فُلان كان كفالةً))، و((إليَّ)) بمعناهُ هنا، وتمامُهُ في "النّهر"[(٢)].

ثمَّ اعلم أنَّ ألفاظَ الكفالةِ كلُّ ما يُنبئُ عن العُهدةِ في العُرْفِ والعادةِ، وفي "جامع الفتاوى"[(٣)]: ((هذا إليَّ، أو عليَّ وأنا كفيلٌ به، أو قَبيلٌ، أو زَعيمٌ كان كلُّه كفالةً بالنّفسِ لا كفالةً بالمالِ)) اهـ "تتارخانيّة"[(٤)]. وفي "كافي الحاكم": ((وقولُهُ: ضَمِنتُ، وكَفَلتُ، وهو إليَّ، وهو عليَّ سواءٌ كلُّه، وهو كفيلٌ بنفسِهِ)) اهـ. ثمَّ ذكَرَ في بابِ الكفالةِ بالمالِ: ((إذا قال: إنْ ماتَ فُلانٌ قبلَ أنْ يُوفِيَك مالَكَ فهو عليَّ فهو جائزٌ)) اهـ. فقد عُلِمَ أنَّ قولَهُ أوّلاً: ((هو إليَّ، هو عليَّ، كفيلٌ بنفسِهِ)) إنّما هو حيث كان الضّميرُ للرّجلِ المكفُولِ به، أمّا لو كان الضّميرُ للمالِ فهو كفالةُ مالٍ، وكذا بقيّةُ الألفاظِ، ففي "التّتارخانيّة"[(٥)] أيضاً عن "الخلاصة"[(٦)]: ((لو قال لرَبِّ المالِ: أنا ضامنٌ ما عليه مِن المالِ فهذا ضمانٌ صحيحٌ))، ثمَّ قال[(٧)]: ((ولو ادَّعَى أنّه غصَبَهُ عبداً وماتَ في يدِهِ فقال: خَلِّهِ فأنا ضامنٌ بقيمةِ العبدِ فهو ضامنٌ يأخذُهُ مِنه مِن ساعتِهِ، ولا يحتاجُ إلى إثباتٍ بالبيِّنةِ)) اهـ. فقد ظهَرَ لك أنَّ ما مرَّ[(٨)] أوّلاً عن "التّتارخانيّة": ((مِن أنَّ هذه الألفاظَ كفالةُ نفسٍ لا كفالةُ مالٍ))

---

(١) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في أنَّ الالتزام كالكفالة صـ٨٦ـ.

(٢) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/ب.

(٣) لأبي القاسم السمرقنديّ (ت٥٥٦هـ) كما في "التاترخانية"، وليس بين أيدينا. وانظر "كشف الظنون" ١/٥٦٥، ٥٧٠ ـ ٥٧١.

(٤) "التاترخانية": كتاب الكفالة والضمان ـ الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ق١٩٩/ب.

(٥) "التاترخانية": كتاب الكفالة والضمان ـ الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ق١٩٩/ب ـ ق٢٠٠/أ.

(٦) "الخلاصة": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة وألفاظ الكفالة ق٢٥٢/أ بتصرف.

(٧)"التاترخانية": كتاب الكفالة والضمان ـ الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ق٢٠٠/أ، نقلاً عن "الخلاصة" أيضاً.

(٨) في هذه المقولة.

. . . .

ليس المرادُ به[1] أنَّها لا تكونُ كفالةَ مالٍ أصلاً، بل المرادُ أنَّه إذا قال: أنا به كفيلٌ، أو زعيمٌ إلخ، أي: بالرَّجلِ كان كفالةَ نفسٍ؛ لأنَّها أدنى مِن كفالةِ المالِ، ولم يصرِّحْ بالمالِ، بخلافِ ما إذا توجَّهَت هذه الألفاظُ على المالِ، فإنَّها تكونُ كفالةَ مالٍ؛ لأنَّها صريحةٌ به، فلا يُرادُ بها الأدنى وهو كفالةُ النَّفسِ مع التَّصريحِ بالمالِ أو بضميرِهِ، وهذا معنى ما نقلَهُ "الشِّلْبيّ"[2] عن "شرح القُدُوريّ" للشَّيخِ "أبي نصرٍ الأقطع"[3] مِن قولِهِ: ((فإذا ثبَتَ أنَّ هذه الألفاظَ يَصِحُّ الضَّمانُ بها فلا فرقَ بينَ ضمانِ النَّفسِ وضمانِ المالِ)) اهـ. أي: إذا قال ضَمِنتُ زيداً أو أنا كفيلٌ به، أو هو عليَّ، أو إليَّ يكونُ كفالةَ نفسٍ كما أفتى به في "الخيريَّة"[4]. وإذا قال: ضَمِنتُ لك ما عليه مِن المالِ أوأنا كفيلٌ به إلخ فهو كفالةُ مالٍ قطعاً، وأمَّا إذا لم يعلَمِ المكفُولُ به أنَّه كفالةُ نفسٍ أو مالٍ فلا تَصِحُّ الكفالةُ أصلاً كما يأتي[5] بيانُهُ قريباً. وبه عُلِمَ أنَّه لا تحريرَ فيما قالَهُ "الشِّلْبيّ"[6] بعدَ ما مرَّ[7] عن "شرح الأقطع": ((مِن أنَّه ينبغي أنْ يقالَ: هذه الألفاظُ إذا أُطلِقت تُحمَلُ على الكفالةِ بالنَّفسِ، وإذا كان هناك قرينةٌ على الكفالةِ بالمالِ تتمحَّضُ حينئذٍ للكفالةِ به)) اهـ. فإنَّه إذا لم يعلَمِ المكفُولُ به بأنْ قالَ: أنا ضامنٌ ولم يصرِّحْ بنفسٍ ولا مالٍ لا تَصِحُّ أصلاً كما يأتي[8]، فقولُهُ: ((تُحمَلُ على الكفالةِ بالنفسِ)) مخالِفٌ للمنقُولِ كما تعرِفُهُ.

نَعَمْ، لو قامت قرينةٌ على أحدِهما يمكنُ أنْ يقالَ: يُعمَلُ بها، كما إذا قال قائلٌ: اضمَنْ لي هذا الرَّجلَ، فقال الآخَرُ: أنا ضامنٌ فهو قرينةٌ على كفالةِ النَّفسِ، وإنْ قال: اضمَنْ لي ما عليه مِن المالِ، فقال: أنا ضامنٌ فهو قرينةٌ على المالِ؛ لأنَّ الجوابَ مُعادٌ في السُّؤالِ، فافهمْ واغنمْ تحريرَ هذه المسألةِ، فإنَّك لا تجدُهُ في غيرِ هذا الكتابِ، وللهِ الحمدُ.

---

(١) ((به)) ليست في "ب" و"م".

(٢) "حاشية الشلبي" على "التبيين": كتاب الكفالة ١٤٨/٤ (هامش "تبيين الحقائق").

(٣) شرح أبي نصر الأقطع البغدادي (ت٤٧٤هـ) على "مختصر القدوري"، وتقدمت ترجمته ٣٧١/١.

(٤) "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ٢٤٩/١.

(٥) المقولة [٢٥٣٦٨] قوله: ((وتنعقِدُ بقولِهِ: أنا ضامنٌ حتّى تجتمِعا إلخ)).

(٦) "حاشية الشلبي" على "التبيين": كتاب الكفالة ١٤٨/٤ (هامش "تبيين الحقائق").

(٧) في هذه المقولة.

(٨) المقولة [٢٥٣٦٨] قوله: ((وتنعقِدُ بقولِهِ: أنا ضامنٌ حتّى تجتمِعا إلخ)).

أو: عندي، (أو: أنا به زعيمٌ) أي: كفيلٌ، (أو: قَبِيلٌ به) أي: بفُلانٍ، أو: غريمٌ،.......

مطلبٌ: لفظُ ((عندي)) يكونُ كفالةً بالنَّفسِ ويكونُ كفالةً بالمالِ

[٢٥٣٦٦] (قولُهُ: أو عندي) في "البحر"[١] عن "التّتارخانيَّة"[٢]: ((لكَ عندي هذا الرَّجلُ، أو قال: دَعْهُ إليَّ كانت كفالةً)) اهـ. يعني بالنَّفسِ. وقال في "البحر"[٣] أيضاً ـ عندَ [٣/ق١٦٢/ب] قولِهِ: ((ولو قال: إنْ لم أُوافِكَ به غداً إلخ)) ـ عن "الخانيَّة"[٤]: ((إنْ لم أُوافِكَ به فعندي لكَ هذا المالُ لَزِمَهُ؛ لأنَّ ((عندي)) إذا استُعمِلَ في الدَّينِ يُرادُ به الوُجوبُ، وكذا لو قال: إليَّ هذا المالُ)) اهـ. فهذا صريحٌ أيضاً بأنَّ عندي يكونُ كفالةَ نفسٍ وكفالةَ مالٍ بحسَبِ ما توجَّهَ إليه اللَّفظُ، وبه أفتى في "الخيريَّة"[٥] و"الحامديَّة"[٦]. وأمّا ما قالَهُ في "البحر"[٧] ـ عندَ قولِ "الكنز": ((وبما لكَ عليه)) ـ: ((مِن أنَّ ((عندي)) كـ ((عليَّ)) في التَّعليقِ فقط، ولا تفيدُ كفالةً بالمالِ بل بالنَّفسِ))، وما أفتى به: ((مِن أنَّه لو قال: لا تُطالِبْ فُلاناً مالُكَ عندي لا يكونُ كفيلاً)) فقد ردَّهُ في "النَّهر"[٨] بأنَّ ما مرَّ عن "الخانيَّة" مِن العلَّةِ المذكُورةِ: ((غيرُ مقيَّدٍ بالتَّعليقِ))، وردَّهُ "المصنِّف"[٩] أيضاً، وكذا "الخيرُ الرَّمليّ"[١٠] بقولِهم: ((إنَّ مُطلقَ لفظِ ((عندي)) للوديعةِ،

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٦.

(٢) "التاترخانية": كتاب الكفالة والضمان ـ الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ق١٩٩/ب، نقلاً عن "أجناس الناطفي".

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٢.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في تسليم نفس المكفول به ٣/٥٨د بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ١/٢٤٦.

(٦) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الكفالة ١/٢٨٣ ـ ٢٨٤.

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٧ بتصرف.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/ب.

(٩) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٤/ب.

(١٠) "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ١/٢٤٦، نقلاً عن "التاترخانية".

أو: حميلٌ بمعنى ((محمُول))، "بدائع"[١]. (و) تنعقِدُ بقولِهِ: (أنا ضامنٌ حتّى تجتمِعا، أو): حتّى (تلتقِيا[٢]) ويكونُ كفيلاً إلى الغايةِ، ....

لكنَّه بقرينةِ الدَّينِ يكونُ كفالةً))، وفي "الزَّيلعيّ"[٣] مِن الإقرارِ: ((أنَّه العُرْفُ)). قال "الرَّمليّ"[٤]: ((ومقتضى ذلك أنَّ القاضيَ لو سألَ المُدَّعَى عليه عن جوابِ الدَّعوى فقال: عندي كان إقراراً)) اهـ. ٢٥٣/٤

[٢٥٣٦٧] (قولُهُ: بمعنى محمُول) كذا عزاهُ "المصنِّف"[٥] إلى "البدائع" أيضاً، قال "ط"[٦]: ((الأظهَرُ أنْ يكونَ بمعنى فاعلٍ؛ لأنَّه حاملٌ لكفالتِهِ)).

[٢٥٣٦٨] (قولُهُ: وتنعقِدُ بقولِهِ: أنا ضامنٌ حتّى تجتمِعا إلخ) **أقولُ**: اشتبَهَ هنا على "المصنِّف" مسألةٌ بمسألةٍ بسببِ سَقْطٍ وقَعَ في نسخةِ "الخانيَّة" التي نقَلَ عنها في "شرحِهِ"[٧]، فإنَّه قال فيه: ((قال في "الخانيَّة": وعن "أبي يوسفَ": لو قال: هو عليَّ حتّى تجتمِعا، أو حتّى تلتقِيا لا يكونُ كفالةً؛ لأنَّه لم يُبيِّنِ المضمُونُ أنَّه نفسٌ أو مالٌ)) اهـ. مع أنَّ عبارةَ "الخانيَّة" هكذا[٨]: ((وعن "أبي يوسفَ": لو قال: هو عليَّ حتّى تجتمِعا، أو قال: عليَّ أنْ أوافيَك به

(قولُهُ: الأظهَرُ أنْ يكونَ بمعنى فاعلٍ إلخ) وعلى كونِهِ بمعنى مفعُولٍ يكونُ معناهُ أنَّ المديُونَ حَمَّلَهُ هذه الكفالةَ بأنْ كانت بأمرِهِ، تأمَّلْ.

---

(١) "البدائع": كتاب الكفالة ٦/٢ ـ ٣.

(٢) في "د" و"و": ((حتى يجتمعا أو حتى يلتقيا)).

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب الإقرار ٧/٥.

(٤) لم نعثر على المسألة في مطبوعة "الفتاوى الخيرية" التي بين أيدينا، وللرمليّ كتاباتٌ على "الزيلعي" كما أشار إلى ذلك ابنُه في "نزهة النواظر على الأشباه والنظائر" ٣٤٨/٤ (ذيل "غمز عيون البصائر").

(٥) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٤/ب.

(٦) "ط": كتاب الكفالة ١٤٧/٣.

(٧) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٤/ب.

(٨) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ٥٢/٣ (هامش "الفتاوى الهندية")، والعبارة فيها كما ذكر ابنُ عابدين رحمه الله.

أو ألقاك به كانت كفالةً بالنَّفسِ. ولو قال: أنا ضامنٌ حتّى تجتمِعا، أو حتّى تلتقِيا لا يكونُ كفالةً؛ لأنَّه لم يُبيِّنِ المضمُونُ أنَّه نفسٌ أو مالٌ)) اهـ كلامُ "الخانيَّة". وفي "السِّراج": ((لو قال: هو عليَّ حتّى تجتمِعا أو تلتقِيا فهو جائزٌ؛ لأنَّ قولَهُ: هو عليَّ ضمانٌ مضافٌ إلى العينِ، وجعَلَ الالتقاءَ غايةً له)) اهـ. يعني أنَّ الضَّميرَ في: ((هو عليَّ)) عائدٌ إلى عينِ الشَّخصِ المكفُولِ به، فيكونُ كفالةَ نفسٍ إلى التقائِهِ مع غريمِهِ، بخلافِ قولِهِ: ((أنا ضامنٌ حتّى تجتمِعا أو حتّى تلتقِيا)) فلا يَصِحُّ أصلاً؛ لأنَّ قولَهُ: ((أنا ضامنٌ)) لم يُذكَرْ فيه المضمُونُ به هل هو النَّفسُ أو المالُ؟ فقد ظهَرَ[١] وجهُ الفرقِ بينَ المسألتينِ، فكانَ الصَّوابُ في التَّعبيرِ أنْ يقالَ: وتنعقِدُ بقولِهِ: هو عليَّ حتّى تجتمِعا أو تلتقِيا، لا بـ: أنا ضامنٌ حتّى تجتمِعا أو تلتقِيا؛ لعَدَمِ بيانِ المضمُونِ به، فتنبَّهْ لذلك.

[مطلب: "كافي الحاكم" هو العُمدةُ في نقلِ نصِّ المَذهبِ]

ثمَّ إنَّ المسألةَ مذكُورةٌ في "كافي الحاكم" الذي جمعَ فيه كتبَ "ظاهر الرِّواية"، وهو العمدةُ في نقلِ نصِّ المذهبِ، وذلك أنَّه قال: ((ولو قال: أنا به قبيلٌ، أو زعيمٌ، أو قال: ضمينٌ فهو كفيلٌ. وقال "أبو يوسفَ" و"محمَّدٌ": وكذلك لو قال: عليَّ أنْ أوافيَك به، أو عليَّ أنْ ألقاك به، أو قال: هو عليَّ حتّى تجتمِعا، أو حتّى توافَيا، أو حتّى تلتقِيا، وإنْ لم يقلْ: هو عليَّ وقال: أنا ضامنٌ لك حتّى تجتمِعا أو تلتقِيا فهو باطلٌ)) اهـ. ولم يذكُرْ قولَ "أبي حنيفةَ" في المسألةِ فعُلِمَ أنَّه لا قولَ له فيها في "ظاهرِ الرِّوايةِ"، وإنَّما المسألةُ منقُولةٌ عن الصَّاحبينِ فقط في ظاهرِ الرِّوايةِ عنهما، وبه عُلِمَ أنَّ قولَ "الخانيَّة": ((وعن "أبي يوسف")) ليس لحكايةِ الخلافِ ولا للتَّمريضِ، بل هو بيانٌ لكونِ ذلك منقُولاً عنه، وكذا عن "محمَّدٍ" كما علِمتَ، وحيث لم يوجَدْ نصٌّ لـ "الإمامِ" فالعملُ على ما نقلَهُ الثِّقاتُ عن أصحابِهِ كما عُلِمَ في محلِّهِ.

---

(١) في "آ": ((فقد ظهر لك)).

"تتارخانيَّة" (وقيل: لا) تنعقِدُ (لعَدَمِ بيانِ المضمُونِ به) أهو نفسٌ أو مالٌ؟ كما نقلَهُ في "الخانيَّة" عن "الثّاني"، قال "المصنِّف"[١]: ((والظّاهرُ أنّه ليس المذهبَ))، لكنّه استنبَطَ مِنه في "فتاويه"[٢]: ((أنّه لو قال الطّالبُ: ضَمِنتَ بالمالِ، وقال الضّامنُ: إنّما ضَمِنتُ بنفسِهِ لا يَصِحُّ))، ....

[٢٥٣٦٩] (قولُهُ: "تتارخانيَّة") عبارتُها[٣]: ((هو عليَّ حتّى تجتمِعا، فهو كفيلٌ إلى الغايةِ التي ذكَرَها)) اهـ. هكذا ذكَرَهُ "المصنِّف" في "المنح"[٤]، وأنت خبيرٌ بأنَّ هذه المسألةَ ليست التي ذكَرَها في متنِهِ، فإنَّ التي ذكَرَها في متنِهِ لا تنعقِدُ فيها الكفالةُ أصلاً كما عَلِمتَهُ [٣/ق١٦٣/أ] آنفاً[٥].

[٢٥٣٧٠] (قولُهُ: كما نقلَهُ في "الخانيَّة") قد أسمعناك[٦] عبارةَ "الخانيَّة".

[٢٥٣٧١] (قولُهُ: قال "المصنِّف": والظّاهرُ أنّه ليس المذهبَ) الضّميرُ في ((أنّه)) عائدٌ إلى ما نقلَهُ عن "الثّاني"، وهو الذي عبَّرَ عنه في المتنِ بقولِهِ: ((وقيل: لا))، وقد عَلِمتَ أنّه ليس في المذهبِ قولٌ آخَرُ، بل هما مسألتان، إحداهما تَصِحُّ فيها الكفالةُ، والأُخرى لا تَصِحُّ بلا ذكرِ خلافٍ فيهما كما حرَّرناهُ آنفاً[٦].

[٢٥٣٧٢] (قولُهُ: لكنّه استنبَطَ إلخ) يعني أنَّ "المصنِّف" قال في "شرحِهِ": ((إنّه ليس المذهبَ)) مع أنّه في فتاويه استنبَطَ مِنه ما ذُكِرَ، ووجهُ الاستنباطِ: أنَّ الطّالبَ والضّامنَ لم يتّفقا على أمرٍ واحدٍ، فلم يُعلَمِ المضمُونُ به هل هو نفسٌ أو مالٌ، فلا تَصِحُّ الكفالةُ.

---

(١) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٤/ب.

(٢) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ق٥٤/ب بتصرف.

(٣) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ق١٩٩/أ.

(٤) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٤/ب.

(٥) في المقولة السابقة.

(٦) المقولة [٢٥٣٦٨] قوله: ((وتنعقِدُ بقولِهِ: أنا ضامنٌ حتّى تجتمِعا إلخ)).

ثمَّ قال[١]: ((وينبغي أنَّه إذا اعترَفَ أنَّه ضَمِنَ بالنَّفسِ أنْ يُؤاخَذَ بإقرارِهِ))، فراجعْهُ. (كما) لا تنعقِدُ (في) قولِهِ: (أنا ضامنٌ) أو كفيلٌ (لمعرفتِهِ) على المذهبِ خلافاً لـ "الثّاني"؛ لأنَّه لم يلتَزِمِ المطالبةَ، بل المعرفةَ، واختُلِفَ في: أنا ضامنٌ لتعريفِهِ أو على تعريفِهِ، والوجهُ اللُّزومُ، "فتح"[٢]، كـ: أنا ضامنٌ لوجهِهِ؛ لأنَّه يُعبَّرُ به عن الجملةِ، "سراج". وفي: معرفةُ فُلانٍ عليَّ يلزمُهُ أنْ يدُلَّ عليه، "خانيَّة"[٣]، ولا يلزَمُ أنْ يكونَ كفيلاً، "نهر"[٤].

[٢٥٣٧٣] (قولُهُ: ثمَّ قال: وينبغي إلخ) **أقولُ:** هذا مسلَّمٌ إذا كان الطّالبُ يدَّعي كفالةَ النَّفسِ أيضاً، أمّا لو ادَّعَى عليه كفالةَ المالِ فقط فلا؛ إذِ الإقرارُ يرتدُّ بالرَّدِّ، ولا يؤاخَذُ المُقِرُّ بلا دعوى، أفادَهُ "الرَّحمتيّ".

[٢٥٣٧٤] (قولُهُ: على المذهبِ) لأنَّهم قالوا: إنَّه ظاهرُ الرِّوايةِ. زادَ في "الفتح"[٥] عن "الواقعات": ((وبه يفتى))، وفي "البحر"[٦] عن "الخلاصة"[٧]: ((وعليه الفتوى)).

مطلبٌ: لو قال: أنا أعرِفُهُ لا يكونُ كفيلاً

[٢٥٣٧٥] (قولُهُ: لأنَّه لم يلتَزِمِ المطالبةَ، بل المعرفةَ) فصار كقولِهِ: أنا ضامنٌ لك على أنْ أُوقفَكَ عليه، أو: على أنْ أدُلَّك عليه أو على منزلِهِ، "فتح"[٨]، قال في "البحر"[٩]: ((وأشار إلى أنَّه لو قال: أنا أعرِفُهُ لا يكونُ كفيلاً كما في "السِّراج")).

[٢٥٣٧٦] (قولُهُ: والوجهُ اللُّزومُ) لأنَّه مصدرٌ متعدٍّ إلى اثنينِ فقد التزَمَ أنْ يُعرِّفَهُ الغريمَ بخلافِ

---

(١) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ق٥٤/ب.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٧/٦.

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ٢/٣د (هامش الفتاوى الهندية").

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٤/أ.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٧/٦.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٦/٦.

(٧) "الخلاصة": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة وفي ألفاظ الكفالة ق٢٥٢/ب.

(٨) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٧/٦.

(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٦/٦.

....

معرفتِهِ، فإنَّه لا يقتضي إلاّ معرفةَ الكفيلِ للمطلُوبِ، "فتح"[١]. فصار معنى الأوَّلِ: أنا ضامنٌ لأنْ أُعرِّفَكَ غريمَكَ، وتعريفُهُ بإحضارِهِ للطّالبِ وإلاّ فهو معرُوفٌ له. ومعنى الثّاني: أنا ضامنٌ لأنْ أُعرِّفَهُ، ولا يلزَمُ مِنه إحضارُهُ له، لكنْ ما يأتي[٢] عن "الخانيَّة" يفيدُ لُزومَ دِلالتِهِ عليه وإنْ لم يَصِرْ كفيلاً، قال في "النَّهر"[٣]: ((وما مرَّ مِن أنَّه صار كالتزامِهِ الدِّلالةَ يؤيِّدُهُ قولُهُ: ولا يلزَمُ إلخ، أي: لا يلزَمُ مِن لُزومِ دِلالتِهِ عليه أنْ يكونَ كفيلاً بنفسِهِ ليترتَّبَ عليه أحكامُها))، "نهر"[٣]. أي: لأنَّه يخرُجُ عن ذلك بقولِهِ: هو في المحلِّ الفُلانيِّ فاذهبْ إليه، فلا يلزَمُهُ إحضارُهُ أو السَّفرُ إليه إذا غابَ، وغيرُ ذلك مِن أحكامِ كفالةِ النَّفسِ.

(تتمَّةٌ)

قدَّمنا[٤] أنَّ ألفاظَ الكفالةِ كلُّ ما يُنبِئُ عن العُهدةِ في العُرْفِ والعادةِ، ومِن ذلك كما في "الفتح"[٥]: ((عليَّ أنْ أُوافيَكَ به، أو عليَّ أنْ أَلقاكَ به، أو دَعْهُ إليَّ))، ثمَّ قال[٦]: ((وفي "فتاوى النَّسفيِّ"[٧]: لو قال: الدَّينُ الذي لك على فُلانٍ أنا أدفعُهُ إليك، أو أُسلِّمُهُ إليك، أو أقبِضُهُ لا يكونُ كفالةً ما لم يتكلَّمْ بما يدُلُّ على الالتزامِ، وقيَّدهُ في "الخلاصة"[٨] بما إذا قالَهُ مُنجَّزاً، فلو مُعلَّقاً يكونُ كفالةً نحوُ أنْ يقولَ: إنْ لم يؤدِّ فأنا أؤدِّي، نظيرُهُ في النَّذرِ لو قال: أنا أحجُّ لا يلزمُهُ شيءٌ، ولو قال: إنْ دخلتُ الدّارَ فأنا أحجُّ يلزمُهُ الحجُّ)) اهـ. ٢٥٤/٤

---

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٧/٦.

(٢) صـ٣٥ـ "در".

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٤/أ.

(٤) المقولة [٢٥٣٦٥] قوله: ((وتنعقِدُ بـ: ضَمِنتُهُ إلخ)).

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٦/٦.

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٧/٦.

(٧) "فتاوى" أبي حفص، نجم الدين النسفيّ (ت٥٣٧هـ)، وتقدمت ترجمته ١١٦/٣.

(٨) "الخلاصة": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة وفي ألفاظ الكفالة ق٢٥٢/أ، نقلاً عن خاله الإمام، وهي في "متفرِّقاته" كما صرَّح به في "الفتح".

(وإذا كفَلَ إلى ثلاثةِ أيّامٍ) مثلاً (كان كفيلاً بعدَ الثّلاثةِ) أيضاً أبداً حتّى يسلِّمَهُ؛

قلتُ: لكنْ لو قال: ضَمِنتُ لك ما عليه أنا أقبضُهُ وأدفعُهُ إليك يصيرُ كفالةً بالقَبْضِ والتّسليمِ كما سنذكرُهُ(١) في بحثِ كفالةِ المالِ.

مطلبٌ في الكفالةِ المؤقّتةِ

[٢٥٣٧٧] (قولُهُ: وإذا كفَلَ إلى ثلاثةِ أيّامٍ إلخ) حاصلُهُ: أنّه إذا قال: كَفَلْتُ لك زيداً أو ما على زيدٍ مِن الدَّينِ إلى شهرٍ، مثلاً صار كفيلاً في الحالِ أبداً، أي: في الشّهرِ وبعدَهُ، ويكونُ ذِكرُ المُدَّةِ لتأخيرِ المطالبةِ إلى شهرٍ لا لتأخيرِ الكفالةِ، كما لو باعَ عبداً بألفٍ إلى ثلاثةِ أيّامٍ يصيرُ مُطالَباً بالثّمنِ بعدَ الثّلاثةِ، وقيل: لا يصيرُ كفيلاً في الحالِ، بل بعدَ المدّةِ فقط، وهو ظاهرُ عبارةِ "الأصل"(٢). وعلى كلٍّ فلا يُطالَبُ في الحالِ، وهو ظاهرُ الرّوايةِ كما في "التّتارخانيّة"(٣)، وفي "السّراجيّة"(٤): ((وهو الأصحُّ))، وفي "الصُّغرى": ((وبه يفتى)) كما في "البحر"(٥).

قلتُ: ومقابلُهُ ما قالَهُ "أبو يوسفَ" و"الحسنُ": أنّه يُطالَبُ به في المدّةِ فقط، وبعدَها يبرأُ الكفيلُ كما لو ظاهَرَ أو آلَى مِن امرأتِهِ مدّةً فإنّهما يقعانِ فيها ويبطُلانِ بمُضيِّها كما في "الظّهيريّة"(٦) [٣/ق١٦٣/ب] وغيرِها، وفيها(٧) أيضاً: ((ولو قال: كَفَلْتُ فُلاناً مِن هذه السّاعةِ إلى شهرٍ تنتهي الكفالةُ بمُضيِّ الشّهرِ بلا خلافٍ، ولو قال: شهراً لم يذكُرْهُ "محمّدٌ"، واختُلِفَ فيه، فقيل: هو كفيلٌ أبداً كما لو قال: إلى شهرٍ، وقيل: في المدّةِ فقط، أي: كما لو قال: مِن هذه السّاعةِ إلى شهرٍ)).

---

(١) المقولة [٢٥٤٧٩] قوله: ((وأمّا كفالةُ المالِ إلخ)).

(٢) كتاب الكفالة ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(٣) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل السادس في الأجل والخيار في الكفالة ٤/ق٢٠٥/ب.

(٤) "الفتاوى السراجية": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالنفس ٢/٣٢١ (هامش "فتاوى قاضي خان").

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٧، وقوله: ((وهو الأصحّ)) نقله في مطبوعة "البحر" عن"السراج" لا عن "السراجية"، وفي مخطوطته ٣/ق١٩٢/أ عن "السراجية" كما نقل ابن عابدين رحمه الله.

(٦) "الظهيرية": كتاب الكفالة والحوالة ـ الفصل الثالث في الدعوى والخصومة في الكفالة وفي مسائل الحوالة ق٣٧٥/ب ـ ٣٧٦/أ.

(٧) "الظهيرية": كتاب الكفالة والحوالة ـ الفصل الثالث في الدعوى والخصومة في الكفالة وفي مسائل الحوالة ق٣٧٦/أ.

....

والحاصلُ: أنَّه إمّا أنْ يذكُرَ ((إلى)) بدونِ ((مِن)) فيقولَ: كَفَلتُهُ إلى شهرٍ، وهي مسألةُ "المتن"، فيكونَ كفيلاً بعدَ الشَّهرِ، ولا يُطالَبُ في الحالِ، وعندَ "أبي يوسفَ" و"الحسنِ": هو كفيلٌ في المدَّةِ فقط.

وإمّا أنْ يذكُرَ ((مِن)) و((إلى)) فيقولَ: كَفَلتُهُ مِن اليومِ إلى شهرٍ فهو كفيلٌ في المدَّةِ فقط بلا خلافٍ.

وإمّا أنْ لا يذكُرَ ((مِن)) ولا ((إلى)) فيقولَ: كَفَلتُهُ شهراً أو ثلاثةَ أيّامٍ، فقيل: كالأوَّلِ، وقيل: كالثّاني. وفي "التّتارخانيَّة"[(١)] عن "جمع التَّفاريق"[(٢)] قال: ((واعتمادُ أهلِ زمانِنا على أنه كالثّاني)).

قلتُ: وينبغي عَدَمُ الفرقِ بينَ الصُّورِ الثَّلاثِ في زمانِنا كما هو قولُ "أبي يوسفَ" و"الحسنِ"؛ لأنَّ النّاسَ اليومَ لا يقصِدُونَ بذلك إلاّ توقيتَ الكفالةِ بالمدَّةِ، وأنَّه لا كفالةَ بعدَها وقد تقدَّمَ[(٣)] أنَّ مَبنى ألفاظِ الكفالةِ على العُرْفِ والعادةِ، وأنَّ لفظَ ((عندي)) للأمانةِ وصار في العُرْفِ للكفالةِ بقرينةِ الدَّينِ، وقالوا: إنَّ كلامَ كلِّ عاقدٍ وناذرٍ وحالفٍ وواقفٍ يُحمَلُ على عُرْفِهِ، سواءٌ وافَقَ عُرْفَ اللُّغةِ أوْ لا. ثمَّ رأيتُ في "الذَّخيرة" قال: ((وكان القاضي الإمامُ الأجلُّ "أبو عليٌّ النَّسفيُّ"[(٤)] يقولُ: قولُ "أبي يوسفَ" أشبَهُ بعُرْفِ النّاسِ إذا كَفَلُوا إلى مدَّةٍ يَفهَمُونَ بضَرْبِ المُدَّةِ أنَّهم يُطالَبُونَ في المُدَّةِ لا بعدَها، إلاّ أنَّه يَجبُ على المفتي أنْ يكتُبَ في الفتوى أنَّه إذا مضَتِ المُدَّةُ المذكُورةُ فالقاضي يُخرِجُهُ عن الكفالةِ احترازاً عن خلافِ جوابِ "الكتابِ"، وإنْ وُجِدَ هناك قرينةٌ تدُلُّ على إرادتِهِ جوابَ "الكتابِ" فهو عليه)) اهـ.

(قولُهُ: احترازاً عن خلافِ جوابِ "الكتابِ" إلخ) لم يظهَرِ المرادُ بهذه العبارةِ، فإنَّ إخراجَ القاضي عن الكفالةِ حُكمٌ بغيرِ جوابِ "الكتابِ"، فهو مُخالِفٌ له لا احترازٌ عنه وإنْ كان بعدَ الحُكمِ صار مُجمَعاً عليه؛ لارتفاعِ الخلافِ به، كما أنَّ قولَ "المحشِّي": ((زيادةُ احتياطٍ إلخ)) غيرُ ظاهرٍ أيضاً، فإنَّ المتعاقدَينِ لو قصَدا ذلك المعنى وأخرَجَ القاضي الكفيلَ عن الكفالةِ لا يَصِحُّ إخراجُهُ عنها في الواقعِ؛

---

(١) "التاترخانية": كتاب الكفالة والضمان ـ الفصل السادس في الأجل والخيار في الكفالة ٤/ق٢٠٥/ب.

(٢) لأبي الفضل محمد بن أبي القاسم (ت٥٦٢هـ) وقيل غير ذلك، وتقدمت ترجمته ٦٥٣/١.

(٣) المقولة [٢٥٣٦٥] قوله: ((وتنعقِدُ بـ: ضَمِنتُهُ إلخ)).

(٤) تقدمت ترجمته ٤٥١/٢.

لِما في "الملتقط"[(١)] و"شرح المجمع": ((لو سلَّمَهُ للحالِ بَرِئَ، وإنَّما المدَّةُ لتأخيرِ المطالبةِ))،

لكنْ نازَعَ في ذلك في "أنفع الوسائل"[(٢)]: ((بأنَّ القاضيَ المقلِّدَ لا يحكُمُ إلاّ بظاهرِ الرِّوايةِ لا بالرِّوايةِ الشّاذَّةِ إلاّ أنْ ينصُّوا على أنَّ الفتوى عليها)) اهـ.

قلتُ: ما ذكَرَهُ الإمامُ "النَّسفيُّ" مبنيٌّ على أنَّ المذكُورَ في ظاهرِ الرِّوايةِ إنَّما هو حيث لا عُرْفَ؛ إذ لا وجهَ للحُكمِ على المتعاقدَينِ بما لم يقصِداهُ فليس قضاءً بخلافِ ظاهرِ الرِّوايةِ. وما ذكَرَهُ: ((مِن إخراجِ القاضي له عن الكفالةِ زيادةُ احتياطٍ)) لاحتمالِ كونِ العاقِدَينِ عالِمَينِ بذلك المعنى قاصِدَينِ له، ولذا قال: ((إنْ وُجِدَ قرينةٌ على خلافِ العُرْفِ يُحكَمُ بجوابِ ظاهرِ الرِّوايةِ))، والله سبحانه أعلَمُ.

[٢٥٣٧٨] (قولُهُ: لِما في "الملتقط" إلخ) تعليلٌ لِما فُهِمَ مِن قولِهِ أيضاً: ((مِن أنَّه يكونُ كفيلاً قبلَ الثَّلاثةِ)) اهـ "ح"[(٣)].

[٢٥٣٧٩] (قولُهُ: لو سلَّمَهُ للحالِ بَرِئَ) ويُجبَرُ الطّالِبُ على القَبُولِ كمَن عليه دَينٌ مؤجَّلٌ إذا عجَّلَهُ قبلَ حُلولِ الأجلِ يُجبَرُ الطّالِبُ على القَبُولِ، "خانيَّة"[(٤)]. فلو لم يَصِرْ كفيلاً قبلَ مُضيِّ المدَّةِ لم يَصِحَّ تسليمُهُ فيها، ولم يُجبَرِ الآخَرُ على القَبُولِ.

لعَدَمِ ولايتِهِ إبطالَ حَقِّ الغيرِ، وإنْ لم يقصِداهُ لا فائدةَ في إخراجِهِ. ثمَّ ظهَرَ أنَّ المرادَ بما نقلَهُ عن "أبي عليٍّ النَّسفيِّ" أنَّه بإخراجِ القاضي للكفيلِ عن الكفالةِ بعدَ الأيّامِ المعدُودةِ تكونُ المسألةُ إجماعيَّةً، ويتأتَّى له منعُ الطّالبِ مِن مُطالبةِ الكفيلِ بموجَبِ الكفالةِ، ولا يكونُ في هذا المنعِ مُخالفةٌ لجوابِ "الكتابِ"؛ لأنَّها صارت اتفاقيَّةً، وإنْ كان الإخراجُ نفسُهُ مُخالِفاً له فالقَصْدُ حينئذٍ الاحترازُ عن مُخالَفتِهِ في المستقبَلِ.

---

(١) "الملتقط": كتاب الكفالة ـ مطلب: كفل بنفس رجل إلخ صـ٤٠٩ـ، وليس في مطبوعتنا من "الملتقط" ((لو سلمه للحال برئ))، ولعله من "شرح المجمع".

(٢) "أنفع الوسائل": مسألة الكفالة ـ الكفالة إلى زمن صـ٣٠٣ـ بتصرف.

(٣) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٣/ب.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ٥٣/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

ولو زادَ: وأنا بريءٌ بعدَ ذلك لم يَصِرْ كفيلاً أصلاً في ظاهرِ الرِّوايةِ، وهي الحيلةُ في كفالةٍ لا تلزَمُ، "درر"[١] و"أشباه"[٢]. قلتُ: ونقَلَهُ في" لسان الحكّام"[٣] عن "أبي اللَّيث"، وأنَّ عليه الفتوى. ثمَّ نقَلَ[٣] عن "الواقعات": ((أنَّ الفتوى أنّه يصيرُ كفيلاً)) اهـ. لكنْ تَقوَّى الأوَّلُ بأنّه ظاهرُ المذهبِ، فتنبَّهْ. (ولا يُطالَبُ) بالمكفُولِ به (في الحالِ) في ظاهرِ الرِّوايةِ، (وبه يفتى)، وصحَّحهُ في "السِّراجيَّة"[٤]، ....

[٢٥٣٨٠] (قولُهُ: لم يَصِرْ كفيلاً أصلاً) لأنَّه لا يصيرُ كفيلاً بعدَ المدَّةِ؛ لنفيهما الكفالةَ فيه صريحاً، ولا في الحال على ما ذكرنا في ظاهر الرواية، "ظهيرية"[٥].

[٢٥٣٨١] (قوله: ونَقَله إلخ) نَقَل القولين في "البحر"[٦] أيضاً عن "البزازية"[٧].

[٢٥٣٨٢] (قوله: أنَّه يصير كفيلاً) أي: في المُدَّة فقط، كما يفيدُه قولُ "جامع الفصولين"[٨] في الفصل السَّادس والعشرين: ((كَفَلَ بنفسه إلى شهرٍ على أنه بريءٌ بَعد الشَّهرِ فهو كما قال)).

[٢٥٣٨٣] (قولُهُ: لكنْ تَقوَّى الأوَّلُ بأنّه ظاهرُ المذهبِ) **قلتُ**: وتَقوَّى الثّاني بأنَّه المتعارَفُ بينَ النّاسِ بحيثُ لا يقصِدُونَ غيرَهُ إلاّ أنْ يكونَ الكفيلُ عالِماً بحُكمِ ظاهرِ المذهبِ قاصداً له فالأمرُ ظاهرٌ.

[٢٥٣٨٤] (قولُهُ: ولا يُطالَبُ إلخ) أي: في مسألةِ "المتن".

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢٩٧/٢ بتصرف، نقلاً عن "الخلاصة".

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٥ـ، نقلاً عن "جامع الفصولين".

(٣) "لسان الحكام": الفصل الرابع في الوكالة والكفالة والحوالة ـ نوع في الكفالة صـ٤٧ـ (هامش "معين الحكام").

(٤) "الفتاوى السراجية": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالنفس ٣٢١/٢ (هامش "فتاوى قاضيخان").

(٥) "الظهيرية": كتاب الكفالة والحوالة ـ الفصل الثالث في الدعوى والخصومة في الكفالة وفي مسائل الحوالة ق٣٧٦/أ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٧/٦.

(٧) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة وفيها حكمه وألفاظه ـ نوع في ألفاظه ٤/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "جامع الفصولين": فيما يبطل من العقود بالشرط وما لا يبطل إلخ ٨/٢.

وفي "البزّازيَّة"[١]: ((كفَلَ على أنّه متى أو كلَّما طلَبَ فله أجلُ شهرٍ صحَّت وله أجلُ شهرٍ مُذْ طلَبَهُ[٢]، فإذا تمَّ الشَّهرُ فطالبَهُ[٣] لَزِمَ التَّسليمُ ولا أجلَ له ثانياً))، ثمَّ قال[٤]: ((كفَلَ على أنّه بالخِيارِ عشرةَ أيامٍ أو أكثرَ صَحَّ، ....

[٢٥٣٨٥] (قولُهُ: لَزِمَ التَّسليمُ) أي: بالطَّلَبِ الأوَّلِ. وقولُهُ: ((ولا أجلَ له ثانياً)) أي: بالطَّلَبِ الثّاني، وهذا ما لم يدفَعْهُ، فإذا دفعَهُ إليه: فإنْ قال: بَرِئتُ إليك مِنه يبرَأُ في المستقبَلِ، وإنْ لم يبرَأْ مِنه فله أنْ يُطالبَهُ ثانياً، ولا يكونُ ذلك براءةً؛ لأنّه قال [٣/ق١٦٤/أ] في الكفالةِ: كلَّما طلَبتَهُ مِنّي فلي أجلُ شهرٍ، فكأنَّه قال: كلَّما طلَبتَهُ مِنّي وافيتُكَ به إلاّ أنَّ لي أجَلَ شهرٍ حتّى أطلُبَهُ، وكلمةُ ((كلَّما)) تقتضي التَّكرارَ، فتقتضي تكرارَ الموافاةِ كلَّما تكرَّرَ الطَّلَبُ، فبالدَّفعِ إليه يبرَأُ عن مُوافاةٍ لَزِمَتهُ بالمطالبةِ السّابقةِ لا عن مُوافاةٍ تلزَمُهُ بمطالبةٍ توجَدُ في المستقبَلِ، وإنَّما يبرَأُ عن ذلك بصريحِ الإبراءِ، فإذا بَرِئَ إليه حينَ دفعَهُ مرَّةً وُجِدَ صريحُ الإبراءِ وما لا فلا، فإذا دفعَهُ إليه ولم يبرَأْ فطالبَهُ بعدَ ذلك فللكفيلِ أجلُ شهرٍ آخرَ مِن يومِ طلبِهِ؛ لأنّه غيرُ الطَّلَبِ الأوَّلِ، بخلافِ ما إذا لم يدفَعْهُ مرَّةً، "ذخيرة" و"بزّازيَّة"[٥] مُلخَّصاً. ٤/٢٥٥

قلتُ: وحاصلُهُ أنَّه إذا طالبَهُ بتسليمِ المكفُولِ بنفسِهِ فله أجلُ شهرٍ، فإذا تمَّ الشَّهرُ فله مُطالبتُهُ بالتَّسليمِ ولا أجلَ له في هذه المطالبةِ الثّانيةِ، فإذا سلَّمَهُ وتبرَّأَ إليه مِن عُهدتِهِ فلا شيءَ

(قولُهُ: فإنْ قال: بَرِئتُ إليك مِنه يبرَأُ في المستقبَلِ إلخ) يُتأمَّلُ في وجهِ البراءةِ مع أنّه لم يوجَدْ مِن الطّالبِ إبراءٌ، ولعلَّه: أنَّ قولَ الكفيلِ ذلك وتسلُّمَ الطّالبِ مِنه المطلوبَ مع هذا الشَّرطِ يُعَدُّ قَبُولاً للبراءةِ، تأمَّلْ.

---

(١) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ وفيها: حكمه وألفاظه ـ نوع آخر ٦/١٠ (هامش"الفتاوى الهندية").

(٢) في "د": ((مذ طَلَبَ)).

(٣) في "د": ((فطالب)).

(٤) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ وفيها: حكمه وألفاظه ـ نوع آخر ٦/١٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة، وفيها: حكمه وألفاظه ـ نوع آخر ٦/١٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

بخلافِ البيعِ؛ لأنَّ مَبناها على التَّوسُّعِ)). (وإنْ شُرِطَ تسليمُهُ في وقتٍ بعينِهِ أحضرَهُ فيه إنْ طلبَهُ) كدَينٍ مُؤَجَّلٍ حَلَّ، (فإنْ أحضرَهُ) فبها ....

عليه بعدَ ذلك، وإنْ سلَّمَهُ ولم يتبرَّأْ ثمَّ طالبَهُ به لَزِمَهُ[(١)] تسليمُهُ ثانياً، لكنْ يثبُتُ له أجلُ شهرٍ آخَرَ بعدَ هذا الطَّلَبِ، فإذا تمَّ الشَّهرُ ولم يُسلِّمْهُ فطالبَهُ به فلا أجَلَ له ما لم يُسلِّمْهُ إلى الطّالبِ، وهكذا. ثمَّ لا يَخفَى أنَّ هذا في كفالةِ النَّفسِ، أمّا في كفالةِ المالِ فإنَّه بعدَ تسليمِهِ لا يُطالَبُ به ثانياً؛ لأنَّ الكفالةَ تنتهي به، ولذا قالَ في "الذَّخيرة": ((ولو كفَلَهُ بألفٍ على أنَّه متى طالبَهُ به فله أجلُ شهرٍ فمتى طلبَهُ فله الأجلُ، فإذا مضَى فله أَخْذُهُ مِنه متى شاءَ بالطَّلَبِ الأوَّلِ، ولا يكونُ للكفيلِ أجلُ شهرٍ آخَرَ)) اهـ. وبه ظهَرَ أنَّ كلامَ "الشّارحِ" محمُولٌ على كفالةِ المالِ، ولعلَّه جُرِّدتْ ((متى)) و((كلَّما)) عن العمُومِ لعَدَمِ إمكانِهِ هنا؛ لِما قُلنا، بخلافِ كفالةِ النَّفسِ كما عَلِمتَ.

[٢٥٣٨٦] (قولُهُ: بخلافِ البيعِ) فإنَّه لا يَصِحُّ الخِيارُ فيه أكثرَ مِن ثلاثةِ أيّامٍ.

[٢٥٣٨٧] (قولُهُ: وإنْ شُرِطَ) ينبغي كونُهُ بالبناءِ للمفعُولِ ليشمَلَ ما إذا كان الشَّرطُ في لفظِ الكفيلِ أو الطّالبِ، "ط"[(٢)].

[٢٥٣٨٨] (قولُهُ: أحضرَهُ[(٣)]) أي: لَزِمَهُ إحضارُهُ بالشَّرطِ.

[٢٥٣٨٩] (قولُهُ: فبها) أي: فبالقضيَّةِ المشروطةِ قد وفَى.

(قولُهُ: وبه ظهَرَ أنَّ كلامَ "الشّارحِ" محمُولٌ على كفالةِ المالِ إلخ) الظّاهرُ إبقاءُ كلامِ "الشّارحِ" على عمُومِهِ الشّاملِ للكفالتَينِ، وأنَّ عدَمَ تأجيلِهِ ثانياً فيهما لأنَّ القصدَ أنَّ كلَّ طَلَبٍ له أجلٌ وهو لم يَقُمْ بمُوجَبِ الطَّلَبِ الأوَّلِ بعدَ التّأجيلِ فيُطالبُ به ولا يُجابُ لأجلٍ آخَرَ؛ لوُجوبِ التَّسليمِ عليه بمقتضى الطَّلَبِ الأوَّلِ الذي وُجِدَ التّأجيلُ له، إلاّ أنَّ تكرارَ التّأجيلِ مُتصوَّرٌ في كفالةِ النَّفسِ؛ لتصوُّرِ تكرارِ الموافاةِ بتكرارِ الطَّلَبِ كما ذكرَهُ، ولعدَمِ تصوُّرِ ذلك في كفالةِ المالِ لم يؤجَّلْ، تأمَّلْ.

---

(١) في "الأصل": ((لزم)).

(٢) "ط": كتاب الكفالة ١٤٧/٣ بتصرف.

(٣) ((أحضره)) ساقطة من "الأصل".

(وإلاّ حبسَهُ الحاكمُ) حينَ يظهَرُ مَطْلُهُ، ولو ظهَرَ عجزُهُ ابتداءً لا يحبِسُهُ، "عينـيّ"[١].

(فإنْ غابَ) أَمهلَهُ ....

[٢٥٣٩٠] (قولُهُ: حينَ يظهَرُ مَطْلُهُ) في بعضِ النُّسـخِ: ((حتّـى))، والصَّـوابُ الأوَّلُ، وذلـك كما لو أنكَرَ الكفالةَ حتّى أُقيمَت عليه البيِّنةُ، بخلافِ ما لو أَقرَّ بهـا فإنَّـه لا يحبِسُـهُ في أوَّلِ مـرَّةٍ، وهذا ظاهرُ الرِّوايةِ كما في "البزّازيَّة"[٢]، أي: لظُهورِ مَطلِهِ بإنكارِهِ، فصار كمسألةِ المديُونِ، وبـه صرَّحَ في "الخانيَّة"[٣]. وكأنَّ "الزَّيلعيّ"[٤] لم يطَّلِعْ على ذلك فذكَرَهُ بحثاً، أفادَهُ في "البحر"[٥].

[٢٥٣٩١] (قولُهُ: لا يحبِسُهُ) لكنْ لا يحولُ بينَه وبينَ الكفيلِ فيلازمُهُ ولا يمنعُهُ مِن أَشغالِهِ. وفي "التَّتارخانيَّة"[٦]: ((لو أضرَّتهُ مُلازمتُهُ له استوثَقَ مِنه بكفيلٍ))، "نهر"[٧].

[٢٥٣٩٢] (قولُهُ: فإنْ غابَ) أي: المكفُولُ عنه، وطلَبَ الغريمُ مِنه إحضارَهُ، "نهر"[٧]. وهـذا إذا ثبَتَ عندَ القاضي غيبتُهُ ببلدٍ آخَرَ بعِلـمِ القـاضي أو ببيِّنـةٍ أقامَهـا الكفيـلُ كمـا في "البزّازيَّـة"[٨] و"كافي الحاكم". وأطلقَهُ فشَمِلَ المسافةَ القريبةَ والبعيدةَ كما في "الفتح"[٩]، "بحر"[١٠].

[٢٥٣٩٣] (قولُهُ: أَمهلَهُ) أي: إذا أرادَ الكفيلُ السَّفرَ إليه، فإنْ أَبَى حَبَسَهُ للحالِ بلا إمهالٍ

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٦٨/٢ بتصرف.

(٢) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ وفيها: حكمه وألفاظه ـ نوع آخر ١١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٧/٣ ـ ٥٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٤٨/٤.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٧/٦.

(٦) "التاترخانية": كتاب الكفالة والضمان ـ الفصل الرابع في الكفالـة بـالنفس إلـخ ٤/ق٢٠٢/أ بتصـرف، نقـلاً عـن "الينابيع" و"السغناقي".

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٤/أ.

(٨) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ وفيها: حكمه وألفاظه ٢/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٨/٦.

(١٠) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٨/٦.

مدَّةَ ذهابِهِ وإيابِهِ ولو لدارِ الحربِ، "عينيّ"[1] و"ابن مَلَكٍ". (و) لو (لم يعلَمْ مكانَـهُ لا يُطالَبُ به)؛ لأنَّه عاجزٌ (إنْ ثبَتَ ذلك بتصديقِ الطّالبِ)، "زيلعيّ". ....

كما في "البزّازيَّة"[2]. وفي "التّتارخانيَّة"[3]: ((وإنْ كان في الطَّريقِ عُذْرٌ لا يؤاخَذُ الكفيلُ به))، "بحر"[4].

[٢٥٣٩٤] (قولُهُ: وإيابِهِ) بالكسرِ، أي: رُجوعِهِ.

[٢٥٣٩٥] (قولُهُ: ولو لدارِ الحربِ) ولا تبطُلُ باللَّحاقِ بدارِ الحربِ؛ لأنَّه وإنْ كان موتاً حُكماً لكنْ بالنِّسبةِ إلى مالِهِ، وإلاّ فهو حيٌّ مُطالَبٌ بالتَّوبةِ والرُّجوعِ، هكذا أطلقَهُ في "النِّهاية"، وقيَّدهُ في "الذَّخيرة": ((بما إذا كان الكفيلُ قادراً على رَدِّهِ، بأنْ كان بينَنا وبينَهم مُوادعةٌ[5] أنَّهم يرُدُّونَ إلينا المرتدَّ، وإلاّ لا يؤاخَذُ به)) اهـ. وهو تقييدٌ لا بدَّ منه، "بحر"[6].

[٢٥٣٩٦] (قولُهُ: لا يُطالَبُ به) مقيَّدٌ بما إذا لم يُبرهِنِ الطّالبُ على أنَّه بموضعِ كذا، فإنْ برهَنَ أُمِرَ الكَفيلُ بالذَّهابِ إليه وإحضارِهِ؛ لأنَّه عَلِمَ مكانَهُ، "بحر"[6].

[٢٥٣٩٧] (قولُهُ: إنْ ثبَتَ ذلك بتصديقِ الطّالبِ) [٣/ق١٦٤/ب] عبارةُ "الزَّيلعيّ"[7]: ((لأنَّه عاجزٌ وقد صدَّقهُ الطّالبُ عليه)) اهـ. فأنت ترى أنَّ "الزَّيلعيّ" لم يجعَلْ ذلك شرطاً لنفيِ المطالبةِ، بل بيَّنَ أنَّ فَرْضَ المسألةِ فيما إذا صدَّقهُ الطّالبُ. ثمَّ أعقَبَ "الزَّيلعيُّ"[6] ذلك بقولِهِ: ((ولو اختلَفا)) إلى آخرِ ما يأتي[8]، فبيَّنَ حُكْمَ ما إذا لم يُصدِّقْهُ، وهو أنَّه إذا لم يكنْ له خَرْجةٌ معرُوفةٌ فالقولُ للكفيلِ، أي: فلا يُطالَبُ به، فعُلِمَ أنَّ تصديقَ الطّالبِ غيرُ شرطٍ في نفيِ المطالبةِ، تأمَّلْ.

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٢/٦٨ ـ ٦٩ بتصرف.

(٢) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ وفيها: حكمه وألفاظه ـ نوع آخر ٦/١١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "التاترخانية": كتاب الكفالة والضمان ـ الفصل الرابع في الكفالة بالنفس ومطالبة الكفيل إلخ ٤/ق٢٠٢/أ.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٨.

(٥) في مطبوعة "البحر": ((مواعدة))، وهو خطأ.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٨.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٤٨.

(٨) المقولة [٢٥٤٠١] قوله: ((ولو اختلفا)).

زادَ في "البحر"[(١)]: (أو ببيِّنةٍ أقامَها الكفيلُ) مُستدلاًّ بما في "القنية"[(٢)]: ((غابَ المكفُولُ عنه[(٣)] فللدّائنِ مُلازمةُ الكفيلِ حتّى يُحضِرَهُ، وحيلةُ دفعِهِ: أنْ يدَّعيَ الكفيلُ عليه أنَّ خصمَكَ غائبٌ غَيبةً لا تُدرَى فبيِّنْ لي موضِعَهُ، فإنْ برهَنَ على ذلك تندفِعُ عنه الخصُومةُ))، ولو اختَلَفا فإنْ له خَرْجةٌ للتِّجارةِ معرُوفةٌ أُمِرَ الكفيلُ بالذَّهابِ إليه، ....

وبه يُعلَمُ أنَّه لا حاجةَ إلى إقامةِ البيِّنةِ، فعبارةُ "المصنِّف" هنا غيرُ محرَّرةٍ.

[٢٥٣٩٨] (قولُهُ: بما في "القنية") أي: عن الإمامِ "عليٍّ السُّغديِّ"[(٤)].

[٢٥٣٩٩] (قولُهُ: وحيلةُ دفعِهِ) أي: دفعِ الطّالبِ عن مُلازمتِهِ للكفيلِ.

[٢٥٤٠٠] (قولُهُ: فإنْ برهَنَ على ذلك) أي: برهَنَ الكفيلُ على أنَّ غَيبتَهُ لا تُدرَى، لكنْ هذه بيِّنةٌ فيها نفيٌ، ولعلّه يُقبَلُ لكونِهِ تَبَعاً، والقصدُ إثباتُ سُقوطِ المطالبةِ، "مقدِسيّ". وما قالَهُ "الرَّحمَتيُّ": ((مِن أنَّ الضَّميرَ في برهَنَ للطّالبِ)) فغيرُ صحيحٍ؛ لأنَّه لا يُناسِبُ قولَهُ: ((وحيلةُ دفعِهِ)).

[٢٥٤٠١] (قولُهُ: ولو اختَلَفا) أي: بأنْ قال الكفيلُ: لا أعرِفُ مكانَهُ، وقال الطّالبُ: تعرِفُهُ، "زيلعيّ"[(٥)].

(قولُهُ: وبه يُعلَمُ أنَّه لا حاجةَ إلى إقامةِ البيِّنةِ إلخ) ما فعلَهُ "المصنِّف" مِن اعتمادِ إقامةِ البيِّنةِ عندَ عَدَمِ التَّصديقِ هو الأصوبُ، والتَّفصيلُ الذي ذكَرَهُ "الزَّيلعيُّ" إنّما هو إذا لم يُقِمْ بيِّنةً على غَيبةٍ لا تُدرَى، فإنَّها مُقدَّمةٌ على التَّفصيلِ المذكُورِ، وحينئذٍ يكونُ مفهُومُ كلامِ "المصنِّف" فيه تفصيلٌ.

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٨٨.

(٢) "القنية": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالنفس ق١٥٧/ب بتصرف.

(٣) ((عنه)) ليست في "د"، وفي "و": ((به)) بدل ((عنه)).

(٤) أي: في كتابه "فتاوى العصر" كما صرح به في "القنية".

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٤٨.

وإلاّ حلَفَ أنَّه لا يَدري موضِعَهُ. ثمَّ في كلِّ موضعٍ قُلنا بذهابِهِ إليه للطّالبِ أنْ يستوثِقَ بكفيلٍ مِن الكفيلِ لئلاّ يغيبَ الآخَرُ. (ويَبرَأُ) الكفيلُ بالنَّفسِ ....

[٢٥٤٠٢] (قولُهُ: وإلاّ حلَفَ) عبارةُ "الزَّيلعيِّ"[١] و"الفتح"[٢] و"البحر"[٣]: ((وإلاّ فالقولُ للكفيلِ؛ لأنَّه مُتمسِّكٌ بالأصلِ وهو الجهلُ[٤]، ومُنكِرٌ لُزومَ المطالبةِ. وقال بعضُهم: لا يُلتفَتُ إلى قولِ الكفيلِ، ويحبِسُهُ القاضي إلى أنْ يَظْهَرَ عَجْزُهُ؛ لأنَّ المطالبةَ كانت مُتوجِّهةً عليه فلا يُصدَّقُ في إسقاطِها عن نفسِهِ بما يدَّعي)) اهـ. وكأنَّ "الشّارحَ" صرَّحَ بالتَّحليفِ أخذاً مِن قولِهم: يَحلِفُ في كلِّ موضعٍ لو أقرَّ به لَزِمَهُ.

ثمَّ قد عَلِمتَ أنَّ كونَ القولِ للكفيلِ مُخالِفٌ لِما في "المتنِ"، فإنَّه يقتضي أنَّه لا يُكتفَى بقولِ الكفيلِ: لا أعرِفُ مكانَهُ ما لم يُصدِّقْهُ الطّالبُ أو يُبرهِنْ عليه الكفيلُ. نَعَمْ، ما في "المتنِ" يتمشَّى على قولِ البعضِ المعبَّرِ عنه في "الفتح" بـ: ((قيل))، وذلك يُفيدُ ضعفَهُ.

(تنبيهٌ)

قال في "النَّهر"[٥]: ((ولم أرَ ما لو برهَنا، وينبغي أنْ تُقدَّمَ بيِّنةُ الطّالبِ؛ لأنَّ معها زيادةَ علمٍ)).

[٢٥٤٠٣] (قولُهُ: ويَبرَأُ الكفيلُ بالنَّفسِ بموتِ المكفُولِ به) أي: يبرَأُ أصلاً بموتِ الشَّخصِ المطلُوبِ، والمرادُ أنَّها تبطُلُ بموتِهِ كما عبَّرَ به في "الكنز"[٦] وغيرِهِ؛ لتحقُّقِ عجزِ الكفيلِ عن إحضارِهِ كما في "النَّهر"[٧]، أي: عجزاً مُستمرّاً، بخلافِ الجهلِ بمكانِهِ؛ لاحتمالِ العِلمِ به بعدُ، فلذا قالوا هناك: لا يُطالَبُ به، وقالوا هنا: تبطُلُ. وأمّا ما في "البزّازيَّة"[٨] و"الخلاصة"[٩]: ((مِن أنَّه لو

٢٥٦/٤

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٤٨/٤ ـ ١٤٩.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٨/٦ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٨/٦ بتصرف.

(٤) هنا انتهت عبارة "البحر" ٢٢٨/٦.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٤/أ.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٦٩/٢.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٤/ب.

(٨) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ وفيها: حكمه وألفاظه ٢/٦ ـ ٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "الخلاصة": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ وفيه ألفاظ الكفالة إلخ ق٢٥٢/أ.

(بموتِ المكفُولِ به ولو عبداً)، أرادَ به دفعَ توهُّمِ أنَّ العبدَ مالٌ، فإذا تعذَّرَ تسليمُهُ لَزِمَهُ قيمتُهُ،

كان المكفُولُ به غائباً لا يُعلَمُ مكانُهُ ولا يُوقَفُ على أَثَرِهِ يُجعَلُ كالموتِ[1] ولا يحبِسُهُ)) فالمرادُ به أنَّه كالموتِ في عَدَمِ المطالبةِ في الحالِ ـ ولذا قال: ((ولا[2] يحبِسُهُ)) ـ لا في بُطلانِ الكفالةِ وسُقوطِ المطالبةِ أصلاً، وإلاّ خالَفَ كلامَهم مُتوناً وشُروحاً، ونبَّهْنا على ذلك[3] تمهيداً لِما نذكرُهُ قريباً[4] مِن حادثةِ الفتوى.

مطلبٌ: كفالةُ النَّفسِ لا تبطُلُ بإبراءِ الأصيلِ بخلافِ كفالةِ المالِ

[٢٥٤٠٤] (قولُهُ: بموتِ المكفُولِ به) هذا شاملٌ لبراءةِ كفيلِ الكفيلِ بموتِ الكفيلِ ولبرائتِهما بموتِ الأصيلِ، قال في "الخانيَّة"[5]: ((الكفيلُ بالنَّفسِ إذا أعطَى الطَّالبَ كفيلاً بنفسِهِ فماتَ الأصيلُ بَرِئَ الكفيلانِ[6]، وكذا لو ماتَ الكفيلُ الأوَّلُ بَرِئَ الكفيلُ الثَّاني)) اهـ. قال في "البحر"[7]: ((وأشارَ باقتصارِهِ في بُطلانِها على موتِ المطلُوبِ والكفيلِ إلى أنَّها لا تبطُلُ بإبراءِ الأصيلِ))، وتمامُهُ فيه، وسيذكرُهُ "الشَّارحُ"[8] قبيلَ كفالةِ المالِ.

[٢٥٤٠٥] (قولُهُ: أرادَ به إلخ) كذا في "المنح"[9]، ولا يَخفَى أنَّ التَّوهُّمَ باقٍ، وذلك أنَّه قال

(قولُهُ: ولا يَخفَى أنَّ التَّوهُّمَ باقٍ إلخ) قد يُدفَعُ بأنَّ الكلامَ في كفالةِ النَّفسِ، فلا يُتوهَّمُ دُخولُ ما إذا كفَلَ برقَبَتِهِ خصُوصاً مع ذكرِهِ المسألةَ الثَّانيةَ في كلامِهِ الآتي.

---

(١) في "ك": ((كالميت)).

(٢) في "الأصل": ((ولذا))، وهو تحريف.

(٣) ((على ذلك)) ليست في "الأصل".

(٤) المقولة [٢٥٤٣١] قوله: ((فلو عجَزَ لحبسٍ أو مرضٍ)).

(٥) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٨/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في "الأصل": ((كفيل)).

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٠/٦.

(٨) صـ٧٣ـ "در".

(٩) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٥/أ.

وسيجيءُ ما لو كفَلَ برقَبتِهِ، (وبموتِ الكفيلِ) وقيلَ: يُطالِبُ وارثُهُ بإحضارِهِ، "سراج". (لا) بموتِ (الطّالبِ) بل وارثُهُ أو وصيُّهُ يُطالِبُ الكفيلَ، ....

في "الخلاصة"[1]: ((لو كفَلَ بنفسِ عبدٍ فماتَ العبدُ بَرِئَ الكفيلُ إنْ كانَ المُدَّعَى به المالَ على العبدِ، وإنْ كانَ المُدَّعَى به نفسَ العبدِ لا يَبرَأُ، وضَمِنَ قيمتَهُ)) اهـ. ففي المسألتَينِ المكفُولُ به نفسُ العبدِ، لكنَّ المُدَّعَى به في الأُولى المالُ على العبدِ، وفي الثّانيةِ رقَبةُ العبدِ، فقولُ "المصنِّف": ((ولو عبداً)) يُوهِمُ أنَّه شاملٌ للمسألتينِ، مع أنَّه لا يَبرَأُ بموتِ [٣/ق١٦٥/أ] العبدِ في الثّانيةِ وإنْ تعذَّرَ تسليمُهُ بالموتِ، بل تلزَمُهُ قيمتُهُ، فلا بدَّ في دفعِ التّوهُّمِ مِن أنْ يقولَ: ولو عبداً ادُّعيَ عليه مالٌ، تأمَّلْ.

[٢٥٤٠٦] (قولُهُ: وسيجيءُ) أي: في البابِ الآتي[2]. ((ما لو كفَلَ برقَبتِهِ))، أي: بأنْ كانَ المُدَّعَى به رقَبةَ العبدِ، وهي المسألةُ الثّانيةُ. وستجيءُ[2] المسألتانِ جميعاً قُبيلَ الحوالةِ.

[٢٥٤٠٧] (قولُهُ: وبموتِ الكفيلِ) أي: الكفيلِ بالنّفسِ؛ لأنَّ الكلامَ فيه، أمّا الكفيلُ بالمالِ فلا تبطُلُ بموتِهِ؛ لأنَّ حُكمَها بعدَ موتِهِ ممكنٌ فيوفَى مِن مالِهِ، ثمَّ ترجِعُ الورَثةُ على المكفُولِ عنه إنْ كانت بأمرِهِ وكانَ الدَّينُ حالاً، فلو مؤجَّلاً فلا رُجوعَ حتّى يَحِلَّ الأَجَلُ، "بحر"[3]، وتمامُهُ في "الفتح"[4].

[٢٥٤٠٨] (قولُهُ: بل وارثُهُ أو وصيُّهُ يُطالِبُ الكفيلَ) فإنْ سلَّمَهُ إلى أحدِ الورَثةِ أو أحدِ الوصيَّينِ خاصَّةً فللباقي المطالبةُ بإحضارِهِ، "بحر"[5] عن "الينابيع".

---

(١) "الخلاصة": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ق٢٥٢/أ، نقلاً عن "الجامع الصغير"، وفي مخطوطة "الخلاصة" التي بين أيدينا سقط لبعض الكلمات في هذا الموضع.

(٢) صـ٢٠٣ـ "در".

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٠ بتصرف.

(٤) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٩ ـ ٢٩٠.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٠ بتصرف.

وقيل: يبرأُ[١]، "وهبانيَّة"[٢]، والمذهبُ الأوَّلُ، (و) يبرأُ (بدفعِهِ إلى مَن كفَلَ له حيثُ) أي: في موضعٍ (يُمكِنُ مُخاصَمَتُهُ) ....

وقد يُشكِلُ عليه قولُهم: أحدُ الورَثةِ ينتصِبُ خصماً للمَيْتِ فيما له وعليه، "نهر"[٣].

قلتُ: في "جامع الفصولين"[٤]: ((أحدُ الورَثةِ يصلُحُ خصماً عن المورِّثِ فيما له وعليه، ويظهَرُ ذلك في حَقِّ الكلِّ، إلاّ أنَّ له قَبْضَ حصَّتِهِ فقط إذا ثَبتَ حَقُّ الكلِّ)) اهـ. وبه يظهَرُ الجوابُ، وذلك أنَّ حَقَّ المطالبةِ ثابتٌ لكلِّ واحدٍ مِن الورَثةِ، فإذا استوفَى أحدُهم حَقَّهُ لا يسقُطُ حَقُّ الباقينَ؛ لأنَّ له استيفاءَ حَقِّهِ فقط، وإنَّما قامَ مَقامَ الباقينَ في إثباتِ حَقِّهم، فافهمْ.

[٢٥٤٠٩] (قولُهُ: وقيل: يبرأُ) أي: الكفيلُ بموتِ الطّالبِ.

[٢٥٤١٠] (قولُهُ: ويبرأُ بدفعِهِ إلى مَن كفَلَ له) أي: بالتَّخليةِ بينَه وبينَ الخصمِ، وذلك برفعِ الموانعِ فيقولُ: هذا خصمُكَ فخُذْهُ إنْ شئتَ، وأطلَقَهُ فشَمِلَ ما إذا كان للتَّسليمِ وقتٌ فسلَّمَهُ قبلَهُ أوْ لا؛ لأنَّ الأجلَ حَقُّ الكفيلِ، فله إسقاطُهُ كالدَّينِ المؤجَّلِ إذا قضاهُ قبلَ الحُلولِ، "بحر"[٥].

[٢٥٤١١] (قولُهُ: أي: في موضعٍ يمكنُ إلخ) ويُشترَطُ عندَهما أنْ يكونَ هو المِصْرَ الذي كفَلَ فيه لا عندَ "الإمامِ"، وقولُهما أوجَهُ كما في "الفتح"[٦]. وقيل[٧]: إنَّه اختلافُ عصرٍ وزمانٍ لا حُجَّةٍ وبرهانٍ، وبيانُهُ في "الزَّيلعيِّ"[٨]. واحترَزَ به عمّا لو سلَّمَهُ في بريَّةٍ أو سَوادٍ، وتمامُهُ في "النَّهر"[٩].

---

(١) **نقول**: عبارة منظومة ابن وهبان في شطرها الثاني: ((وفي موت ربِّ الحقِّ قيلَ ويندُرُ))، قال شارحها ابن الشِّحنة في "تفصيل عقد الفرائد" ٢٨٢/١: ((وإلى غرابته ـ أي: غرابة القول ببطلان الكفالة بموت الطالب ـ أشار بقوله: ((قيل ويندرُ)) أي: يندر نقل هذا القول، فإنه غير معروف إلخ.

(٢) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب الكفالة والحوالة صـ ٥٢ ـ (هامش "الفتاوى المحبية").

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٤/ب.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٥/٢.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٨/٦ ـ ٢٢٩ بتصرف.

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٩/٦.

(٧) في "الأصل": ((وقال: قيل)).

(٨) انظر "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٤٩/٤.

(٩) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٤/ب.

سواءٌ قَبِلَهُ الطّالِبُ أوْ لا (وإنْ لم يَقُلْ) وقتَ التّكفيلِ: (إذا دفعتُهُ إليك فأنـا بـريءٌ) ويبرأُ بتسليمِهِ مرَّةً قال: سلَّمتُهُ إليك بجهةِ الكفالةِ أوْ لا إنْ طلَبَهُ منه، وإلاّ فلا بدَّ أنْ يقولَ ذلك، (ولو شرَطَ تسليمَهُ في مجلسِ القاضي سلَّمَهُ فيه، ولم يَجُزْ) تسليمُهُ (في غيرِهِ)، به يُفتَى في زمانِنا؛ لتهاوُنِ النّاسِ في إعانةِ الحَقِّ. ....

[٢٥٤١٢] (قولُهُ: سواءٌ قَبِلَهُ الطّالبُ أوْ لا) فيُجبَرُ على قَبُولِهِ، بمعنى أنَّه يُنزَّلُ قابضاً كالغاصبِ إذا رَدَّ العينَ، والمديُونِ إذا دفَعَ الدَّينَ، "منح"[١]، بخلافِ ما إذا سلَّمَهُ أجنبيٌّ فلا يُجبَرُ كما يأتي[٢].

[٢٥٤١٣] (قولُهُ: ويبرأُ بتسليمِهِ مرَّةً) إلاّ إذا كان فيها ما يقتضي التّكرارَ كما إذا كفَلَهُ على أنَّه كلَّما طلَبَهُ فله أجلُ شهرٍ كما مرَّ[٣] تقريرُهُ.

[٢٥٤١٤] (قولُهُ: به يُفتَى) وهو قولُ "زفرَ"، وهذه[٤] إحدى المسائلِ التي يُفتَى فيها بقولِ "زفرَ"، "بحر"[٥]. وعدَّها سبعاً وقال[٥]: ((وليس المرادُ الحصرَ)).

قلتُ: وقد زدتُ عليها مسائلَ، وذكرتُها منظُومةً في النَّفقاتِ[٦]، قال في "النَّهر"[٧]: ((وفي "الواقعات الحساميَّة"[٨] جعَلَ هذا رأياً للمتأخّرينَ لا قولاً لـ"زفرَ"، ولفظُهُ: والمتأخّرونَ مِن مشايخِنا يقولونَ: جوابُ الكتابِ أنَّه يبرأُ إذا سلَّمَهُ في السُّوقِ أو في موضعٍ آخَرَ في المِصْرِ بناءً على عاداتِهم في ذلك الزَّمانِ، أمّا في زمانِنا فلا يبرأُ؛ لأنَّ النّاسَ يُعِينونَ المطلُوبَ على الامتناعِ عن الحضُورِ؛ لغلَبَةِ الفِسقِ، فكان الشَّرطُ مفيداً فيَصِحُّ، وبه يُفتَى اهـ.

---

(١) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٥/أ، وفيها: ((إذا دفع العين)) بدل ((إذا دفع الدين))، وهو تحريف.

(٢) المقولة [٢٥٤٢١] قوله: ((لأنَّ رسولَهُ إلى غيرِهِ كالأجنبيِّ)) وما بعدها.

(٣) المقولة [٢٥٣٨٥] قوله: ((لَزِمَ التَّسليمُ)).

(٤) في "الأصل" و"ك" و"ب" و"م": ((وهذا))، وما أثبتناه من "آ" و"البحر".

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٩.

(٦) المقولة [١٦١٦٩] قوله: ((وهذا مِن السِّتِّ التي يُفْتَى بها بِقَولِ زُفَرَ)).

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٤/ب.

(٨) وهي لحسام الدين المعروف بالصدر الشهيد (ت٥٣٦هـ)، وتقدمت ترجمتها ١/٣٣٠.

ولو سلَّمَهُ عندَ الأميرِ، أو شرَطَ تسليمَهُ عندَ هذا القاضي فسلَّمَهُ عندَ قاضٍ آخَرَ جازَ، "بحر"(١). ولو سلَّمَهُ في السِّجنِ لو سِجْنَ هذا القاضي أو سِجْنَ أميرِ البلدِ في هذا المِصْرِ جازَ، "ابن مَلَكٍ". ....

وهو الظّاهرُ؛ إذ كيف يكونُ هذا اختلافَ عصرٍ وزمانٍ مع أنَّ "زفرَ" كان في ذلك الزَّمانِ؟!)) اهـ.

قلتُ: فيه نظرٌ ظاهرٌ، فكم مِن مسألةٍ اختلَفَ فيها "الإمامُ" وأصحابُهُ، وجعلُوا الخلافَ فيها بسببِ اختلافِ الزَّمانِ، كمسألةِ الاكتفاءِ بظاهرِ العدالةِ وغيرِها، وكالمسألةِ المارَّةِ آنفاً(٢)، وبعدَ نقلِ الثِّقاتِ ذلك عن "زفرَ" كيف يُنفَى بكلامٍ يَحتمِلُ أنَّه مبنيٌّ على قولِهِ والمُشاهَدُ اختلافُ الزَّمانِ في مدَّةٍ يسيرةٍ؟!

[٢٥٤١٥] (قولُهُ: ولو سلَّمَهُ عندَ الأميرِ) أي: وقد شرَطَ تسليمَهُ عندَ القاضي.

[٢٥٤١٦] (قولُهُ: عندَ قاضٍ آخَرَ) أي: غيرِ قاضي الرَّساتيقِ كما أجابَ بعضُهم، واستحسنَهُ في "القنية"(٣) [٣/ق١٦٥/ب]؛ لأنَّ أغلبَهم ظلَمَةٌ، قال "ط"(٤): ((قلتُ: ولا خصُوصَ للرَّساتيقِ، ولا حولَ ولا قوَّةَ إلاّ باللهِ العليِّ العظيمِ)).

[٢٥٤١٧] (قولُهُ: "ابن مَلَكٍ") ونصُّ كلامِهِ في "شرحِهِ" على "المجمع": ((ولو سلَّمَهُ في السِّجنِ وقد حبَسَهُ غيرُ الطّالبِ لا يبرأُ؛ لأنَّه لا يتمكَّنُ مِن إحضارِهِ مجلسَ الحُكمِ، وفي "المحيط": هذا إذا كان السِّجنُ سِجْنَ قاضٍ آخَرَ في بلدٍ آخَرَ، أمّا لو كان سِجْنَ هذا القاضي أو سِجْنَ أميرِ البلدِ في هذا المِصْرِ يبرأُ وإنْ كان قد حبَسَهُ غيرُ الطّالبِ؛ لأنَّ سِجْنَهُ في يدِهِ فيُخلِّي سبيلَهُ حتّى يُجيبَ خَصْمَهُ، ثمَّ يُعيدُهُ إلى السِّجنِ)) اهـ.

٤/٢٥٧

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٠، نقلاً عن "التاترخانية".

(٢) المقولة [٢٥٤١١] قوله: ((أي: في موضعٍ يمكنُ إلخ)).

(٣) "القنية": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالنفس ق١٥٧/أ، نقلاً عن "الكفاية".

(٤) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٤٨.

(وكذا يَبرَأُ) الكفيلُ (بتسليمِ المطلُوبِ نفسَهُ)؛ لحُصُولِ المقصُودِ،..................

وفي "البحر"[(١)] عن "البزّازيَّة"[(٢)]: ((ولو ضُمِنَ وهو محبوسٌ فسلَّمَهُ فيه يبرَأُ، ولو أُطلِقَ ثُمَّ حُبِسَ ثانياً فدفَعَهُ إليه فيه: إنِ الحَبْسُ الثّاني من[(٣)] أمورِ التّجارةِ ونحوِها صحَّ الدَّفعُ، وإنْ في أُمورِ السُّلطانِ ونحوِها لا)) اهـ. وفي "كافي الحاكم": ((وإذا حُبِسَ المكفولُ به بدينٍ أو غيرِهِ أَخَذْتَ الكفيلَ؛ لأنَّه يقدِرُ على أنْ يفُكَّهُ مِمّا حُبِسَ به بأداءِ حَقِّ الذي حبسَهُ)) اهـ. أي: إذا لم يُمكِنْهُ تسليمُهُ كما يُعلَمُ مِن كلامِ "المحيط" المارِّ[(٤)].

[٢٥٤١٨] (قولُهُ: وكذا يبرَأُ الكفيلُ بتسليمِ المطلُوبِ نفسَهُ) هذا إذا كانت الكفالةُ بالأمرِ، أي: أمرِ المطلُوبِ، وإلاّ فلا يبرَأُ كما في "السِّراج" عن "الفوائد"[(٥)]. والوجهُ فيه ظاهرٌ؛ لأنَّها إذا كانت بغيرِ أمرِهِ لا يلزَمُ المطلُوبَ الحضُورُ، فليس مُطالَباً بالتَّسليمِ، فإذا سلَّمَ نفسَهُ لا يبرَأُ الكفيلُ، "نهر"[(٦)]. وفي "التّاترخانيَّة"[(٧)]: ((لو كفَلَ بنفسِهِ بلا أمرِهِ فلا مُطالبةَ للكفيلِ عليه إلاّ أنْ يَجِدَهُ فيسلِّمَهُ فيبرَأَ)) اهـ. وعليه: فلا يأثَمُ بعَدَمِ التَّمكينِ مِنه فله الهرَبُ، بخلافِ ما إذا كان[(٨)] بأمرِهِ، وكذا قولُهم: له منعُهُ مِن السَّفرِ إنَّما هو إذا كانت بأمرِهِ، أفادَهُ في "البحر"[(٩)].

(قولُهُ: وإلاّ فلا يبرَأُ كما في "السِّراج") يظهَرُ أنَّ محلَّهُ إذا لم يقبَلْهُ، فإذا قَبِلَهُ وقال: سلَّمتُ نفسي عن الكفالةِ صحَّ كما في الأجنبيِّ.

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٩.

(٢) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثالث في التسليم ـ نوع آخر ٦/١٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) في "ب" و"م": ((في))، وما أثبتناه من "الأصل" و"ك" و"آ" موافق لعبارة "البحر" و"البزازية".

(٤) في هذه المقولة.

(٥) في "النهر": ((الفرائد))، ولم يتبيَّن لنا المراد منه.

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/أ.

(٧) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الرابع في الكفالة بالنفس ومطالبة الكفيل بالتسليم إلخ ٤/ق٢٠٣/أ.

(٨) في "ب" و"م": ((كانت))، وما أثبتناه من "الأصل" و"ك" و"آ" موافق لعبارة "البحر".

(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣١.

(وبتسليمِ وكيلِ الكفيلِ)؛ لقيامِهِ مَقامَهُ (ورسولِهِ) إليه؛ لأنَّ رسولَهُ إلى غيرِهِ كالأجنبيِّ، وفيه يُشترَطُ قَبُولُ الطّالبِ، ....

[٢٥٤١٩] (قولُهُ: وبتسليمِ وكيلِ الكفيلِ) لو قال: وبتسليمِ نائبِهِ لكانَ أجودَ وأفودَ؛ لأنَّ[1] كفيلَ الكفيلِ لو سلَّمَهُ بَرِئَ الكفيلُ أيضاً كما في "التتارخانية"[2]، "نهر "[3].

[٢٥٤٢٠] (قولُهُ: ورسولِهِ إليه) أي: إلى الطّالبِ، بأنْ دفَعَ المطلوبَ إلى رجلٍ ليسلِّمَهُ[4] إلى الطّالبِ على وجهِ الرِّسالةِ، فيقولُ الرَّجلُ: إنَّ الكفيلَ أَرسَلَ معيَ هذا لأُسلِّمَهُ إليك.

[٢٥٤٢١] (قولُهُ: لأنَّ رسولَهُ إلى غيرِهِ كالأجنبيِّ) تعليلٌ لمفهومِ قولِهِ: ((إليه))، فإنَّ مفهُومَهُ أنَّه لا يبرأُ لو كان رسولاً إلى غيرِهِ بمجرَّدِ التَّسليمِ، ومثالُهُ كما في "ط"[5]: ((لو قال الكفيلُ لشخصٍ: خُذْ هذا وسلِّمْهُ لفُلانٍ ليسلِّمَهُ للطّالبِ، فأخَذَهُ الرَّسولُ وسلَّمَهُ إلى الطّالبِ بنفسِهِ فإنَّه يكونُ[6] كتسليمِ الأجنبيِّ)).

[٢٥٤٢٢] (قولُهُ: وفيه) أي: في تسليمِ الأجنبيِّ يُشترَطُ ـ أي: زيادةً على الشَّرطِ الذي بعدَهُ ـ قَبُولُ الطّالبِ، قال في "البحر"[7]: ((وقيَّدَ بالوكيلِ والرَّسولِ لأنَّه لو سلَّمَهُ أجنبيٌّ بغيرِ أمرِ الكفيلِ وقال: سلَّمتُ إليك عن الكفيلِ وقَفَ على قَبُولِهِ، فإنْ قَبِلَهُ الطّالبُ بَرِئَ الكفيلُ، وإنْ سكَتَ لا)) اهـ.

---

(١) في "الأصل": ((فإن)).

(٢) في النسخ جميعها: (("الخانية"))، وما أثبتناه من عبارة "النهر" هو الصواب؛ إذ المسألة ليست في "الخانية"، بل في "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الرابع في الكفالة ومطالبة الكفيل بالتسليم إلخ ٤/ق٢٠٤/أ.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/أ.

(٤) في "ب" و"م": ((يسلمه)).

(٥) "ط": كتاب الكفالة ١٤٨/٣.

(٦) في "ك": ((لا يكون)) بالنفي، وهو خطأ.

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣١/٦.

ويُشترَطُ أنْ يقولَ كلٌّ واحدٍ مِن هؤلاءِ: سلَّمتُ إليك عن الكفيلِ، "درر"[١] (مِن كفالتِهِ) أي: بحُكمِ الكفالةِ، "عيني"[٢]، وإلاّ لايبرأُ، "ابنُ كمالٍ"، فليحفَظْ. ....

[٢٥٤٢٣] (قولُهُ: ويُشترَطُ أنْ يقولَ كلٌّ واحدٍ مِن هؤلاءِ) أي: الثَّلاثةِ، وهم: المطلوبُ، والوكيلُ، والرَّسولُ، وهذا دخولٌ على "المتنِ" أرادَ به التَّنبيهَ على أمرين:

أحدُهما: أنَّ قولَ "المصنِّف": ((مِن كفالتِهِ)) قيدٌ في الكلِّ لا في الوكيلِ والرَّسولِ فقط كما قد يُتوهَّمُ مِن عبارةِ "المصنِّف"، حيثُ كرَّرَ لفظَ ((بتسليم))، ولا في المطلوبِ فقط كما يُتوهَّمُ مِن عبارةِ "الكنز"[٣]، حيثُ قدَّمَ قولَهُ: ((مِن كفالتِهِ)) على تسليمِ الوكيلِ.

ثانيهما: أنه لا يكفي قَصْدُ كونِ التَّسليمِ عنِ الكفالةِ، بل لا بدَّ مِن التَّصريحِ به بأنْ يقولَ: سلَّمتُ إليك عنِ الكفيلِ مِن كفالتِهِ، فافهمْ. لكنِ اقتصرَ في "الدُّرر" على قولِهِ: ((عنِ الكفيلِ))، وعزاهُ إلى "الخانيَّة"[٤]. واقتصرَ في "البحر"[٥] على قولِهِ: ((عن الكفالةِ))، وعبَّرَ في "الفتح"[٦] مرَّةً بالأوَّلِ ومرَّةً بالثَّاني، فعُلِمَ أنَّه لا يلزَمُ الجمعُ بينَهما، فلو زادَ "الشَّارحُ" كَلِمةَ ((أو)) بأنْ قال: أو مِن كفالتِهِ لكانَ أَولى.

[٢٥٤٢٤] (قولُهُ: وإلاّ لا يبرَأُ) أي: إنْ لم يقُلْ أحدُ هؤلاءِ ذلك لا يبرَأُ الكفيلُ.

[٢٥٤٢٥] (قولُهُ: "ابنُ كمالٍ") ومثلُهُ في "الفتح"[٦] و"البحر"[٧] و"المنح"[٨] وغيرِها.

(قولُهُ: أي: الثَّلاثةِ إلخ) لعلَّ حَقَّهُ: ((الأربعةِ)) بزيادةِ الأجنبيِّ الذي زادَهُ على "المصنِّف".

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٧.

(٢) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٢/٧٠.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٢/٦٩-٧٠.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في تسليم نفس المكفول به ٣/٥٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣١، نقلاً عن "التتارخانية".

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٩١.

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣١.

(٨) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٥٤/ب.

(فإنْ قال": إنْ لم أُوافِ) أي: آتِ (به غداً فهو ضامنٌ لِما عليه) مِن المالِ (فلم يُوافِ به ....

[٢٥٤٢٦] (قولُهُ: فإنْ قال: إنْ لم أُوافِ إلخ) قيَّدَ بعَدَمِ الموافاةِ للاحترازِ عمّا في "البزّازيَّة"(١): ((كفَلَ بنفسِهِ على أنّه متى طالبَهُ سلَّمَهُ، فإنْ لم يسلِّمْهُ فعليه [٣/ق١٦٦/أ] ما عليه وماتَ المطلُوبُ وطالبَهُ بالتَّسليمِ وعجزَ لا يلزَمُهُ المالُ؛ لأنَّ المطالبةَ بالتَّسليمِ بعدَ الموتِ لا تَصِحُّ، فإذا لم تَصِحَّ المطالبةُ لم يتحقَّقِ العجزُ الموجِبُ لُلزومِ المالِ فلم يَجِبْ)) اهـ "بحر"(٢).

[٢٥٤٢٧] (قولُهُ: أي: آتِ) ومثلُهُ: إنْ لم أدفَعْهُ إليك، أو إنْ غابَ عنك، "نهر"(٣).

[٢٥٤٢٨] (قولُهُ: فهو) أي: القائلُ، وهو مِن تتمَّةِ المقولِ بالمعنى؛ لأنه إنَّما يقولُ: فأنا ضامنٌ لِما عليه، أو عندي كما في "الخانيَّة"، وقد مرَّ(٤).

[٢٥٤٢٩] (قولُهُ: لِما عليه) أشارَ إلى أنّه لا يُشترَطُ تعيينُ قَدْرِ المالِ كما يأتي(٥). وقيَّدَ بقولِهِ: ((لِما عليه)) لأنّه لو قال: فالمالُ الذي لك على فُلان رجلٍ آخرَ وهو ألفُ درهمٍ فهو عليَّ جازَ في قولِ "أبي يوسفَ"، وقال "محمَّدٌ": الكفالةُ بالنَّفسِ جائزةٌ والكفالةُ بالمالِ باطلةٌ؛ لأنَّه مخاطرةٌ إذا كان المالُ على غيرِهِ، وإنَّما يَجُوزُ إذا كان المالُ عليه استحساناً. ولو كفَلَ بنفسِ رجلٍ للطّالبِ عليه مالٌ فلَزِمَ الطّالبُ الكفيلَ وأخَذَ مِنه كفيلاً بنفسِهِ على أنَّه إنْ لم يُوافِ به فالمالُ الذي على المكفُولِ به الأوَّلِ عليه جازَ، وليس هذا كالذي عليه مالٌ ولم يَكفُلْ به أحدٌ، كذا في "كافي الحاكم".

---

(١) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثاني في المعلقة ٦/ ١٩ (هامش"الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٢ ـ ٢٣٣.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/أ.

(٤) المقولة [٢٥٣٦٦] قوله: ((أو عندي)).

(٥) المقولة [٢٥٤٤٥] قوله: ((ادَّعَى على آخرَ حَقّاً)).

مع قُدرتِهِ عليه)، فلو عجَزَ لحبسٍ أو مرضٍ لم يلزَمْهُ المالُ إلاّ إذا عجَزَ بموتِ المطلُوبِ، أو جُنونِهِ ....

[٢٥٤٣٠] (قولُهُ: مع قُدرتِهِ عليه) صرَّحَ بهذا القيدِ "الزَّيلعيُّ"[١] و"الشُّمُنِّي" في "شرح النقاية"[٢]، وكذا في "البحر"[٣]، وقال "المصنِّف" في "المنح"[٤]: ((إنّه قيدٌ لازمٌ؛ لأنّه إذا عجَزَ لا يلزَمُهُ إلاّ إذا عجَزَ بموتِ المطلُوبِ أو جُنونِهِ[٥])) اهـ.

[٢٥٤٣١] (قولُهُ: فلو عجَزَ لحبسٍ أو مرضٍ) أي: مثلاً، فيدخُلُ فيه ما إذا غابَ المكفُولُ به ولم يَعْلَمْ مكانَهُ، فقد مرَّ[٦] التَّصريحُ بأنَّ ذلك عجزٌ، وقد عَلِمتَ أنَّ شرطَ ضمانِ المالِ عَدَمُ الموافاةِ مع القُدرةِ، وحيثُ صرَّحُوا بأنَّ الغَيبةَ المذكُورةَ عجزٌ عن الموافاةِ لم تتحقَّقِ القُدرةُ، ولم يَستثنُوا مِن العجزِ إلاّ العجزَ بموتِ المطلُوبِ أو جُنونِهِ، فدخَلَتِ الغَيبةُ المذكُورةُ في العجزِ. ٤/٢٥٨

وأمّا ما قدَّمناه[٦] عن "الخلاصة" و"البزّازيّة": ((مِن أنَّ الغَيبةَ المذكُورةَ كالموتِ)) فقدَّمنا[٦] أنَّ المرادَ أنّها مثلُهُ في سُقوطِ المطالبةِ في الحالِ لا مِن كلِّ وجهٍ، على أنَّ ذلك مذكُورٌ في كفالةِ النَّفسِ، والموتُ هناك مُبطِلٌ للكفالةِ بالنَّفسِ ومُسقِطٌ للمطالبةِ بالكُلِّيَّةِ، وليس هناك كفالةٌ بالمالِ، وهنا المرادُ ثُبوتُ كفالةِ المالِ المعلَّقةِ على عَدَمِ الموافاةِ مع القُدرةِ، والموتُ هنا محقِّقٌ لكفالةِ المالِ ومُثبِتٌ للضَّمانِ، فإذا جُعِلَتِ الغَيبةُ المذكُورةُ كالموتِ بالمعنى المرادِ فيما مرَّ[٦] ـ وهو سُقوطُ المطالبةِ بالنَّفسِ للعجزِ عن تسليمِهِ ـ لا يلزَمُ مِنه ثُبوتُ ضمانِ المالِ المعلَّقِ على عَدَمِ الموافاةِ مع القُدرةِ، بل يلزَمُ عَدَمُ ثُبوتِهِ؛ لتحقُّقِ العجزِ، وإنْ جُعِلَتْ كالموتِ بالمعنى المرادِ هنا

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٥٠.

(٢) المسمى "كمال الدراية"، وتقدمت ترجمته ٤/٢٣٤.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣١.

(٤) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٥٤/ب.

(٥) ((أو جنونه)) ليست في مخطوطة "المنح" التي بين أيدينا.

(٦) المقولة [٢٥٤٠٣] قوله: ((ويَبرأُ الكفيلُ بالنَّفسِ بموتِ المكفُولِ به)).

....

ـ وهو ثُبوتُ الضَّمانِ ـ نافَى قولَهم: ((مع القُدرةِ))، وقد عَلِمتَ أنَّ الغَيبةَ المذكُورةَ عجزٌ مُنافٍ للضَّمانِ، وأنَّهم لم يَستثنُوا مِن العجزِ إلاّ الموتَ والجنُونَ، على أنَّ جَعْلَها كالموتِ في ثُبوتِ الضَّمانِ خلافُ ما أرادَهُ في "البزّازيَّة" و"الخلاصة"؛ لأنَّهما إنَّما ذكَرا ذلك في كفالةِ النَّفسِ المجرَّدةِ عن كفالةِ المالِ وقد صرَّحَ أصحابُ المتونِ وغيرُهم: ((بأنَّ الغَيبةَ المذكُورةَ مُسقِطةٌ للمطالبةِ بالتَّسليمِ))، وذلك مُنافٍ لثُبوتِ الضَّمانِ، أي: ضمانِ النَّفسِ، فلا يَصِحُّ الاستدلالُ بتلك العبارةِ على كونِ الغَيبةِ المذكُورةِ مُسقِطةً للمطالبةِ بالمالِ في مسألتِنا، وإنَّما تسقُطُ المطالبةُ بالنَّفسِ فقط، وأمّا المطالبةُ بالمالِ فهي حُكمُ الكفالةِ الأُخرى المعلَّقةِ على عَدَمِ الموافاةِ مع القُدرةِ، فإذا وُجِدَ ما عُلِّقَتْ عليه ثبَتَت وإلاّ فلا، ومع الغَيبةِ المذكُورةِ لم توجَدِ القُدرةُ فلا تثبُتُ المطالبةُ بالمالِ كما لا يَخفَى.

مطلبٌ: حادثةُ الفتوى

فإذا عَلِمتَ ذلك ظهَرَ لك جوابُ حادثةِ الفتوى قريباً مِن كتابتي لهذا المحلِّ، وهي: رجلانِ عليهما دُيونٌ فكفَلَهما زيدٌ كفالةَ مالٍ، وكفَلَهما عندَ زيدٍ أربعةُ رجالٍ على أنَّهم إنْ لم يوافُوهُ بالمطلُوبَينِ عندَ حلُولِ [٣/ق١٦٦/ب] الأجلِ فالمالُ المذكُورُ عليهم، ثُمَّ حلَّ الأجَلُ وأدَّى زيدٌ إلى أصحابِ الدُّيونِ وطالَبَ الأربعةَ بالمطلُوبَينِ فأحضَرُوا له أحدَهما وعجَزُوا عن إحضارِ الآخَرِ لكونِهِ سافَرَ إلى بلادِ الحربِ ولا يُدرَى مكانُهُ. فأجبتُ بأنَّه لا يلزَمُهم المالُ للعجزِ عن الموافاةِ بالغَيبةِ المذكُورةِ، فعارَضَني الحاكمُ الشَّرعيُّ بعبارةِ "البزّازيّة" المارَّةِ[1]، فأجبتُهُ بما حرَّرتُهُ، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

(قولُهُ: مُسقِطةٌ للمطالبةِ إلخ) لعلَّهُ: مُثبِتةٌ[2].

---

(١) المقولة [٢٥٤٠٣] قوله: ((ويَبرأُ الكفيلُ بالنَّفسِ بموتِ المكفُولِ به)).

(٢) انظر المقولة [٢٥٣٩٢] وما بعدها، حيث إنَّ الظّاهر أنَّ ما ذكره ابن عابدينَ رحمه الله هو الصَّواب؛ حيث إنَّ صورة المسألة هناك صريحة في أنَّ الغيبة المذكورة تسقط المطالبة بالتسليم.

كما أفادَهُ بقولِهِ (أو ماتَ المطلُوبُ) في الصُّورةِ المذكُورةِ (ضَمِنَ المالَ) في الصُّورتينِ؛ لأنَّه علَّقَ الكفالةَ بالمالِ بشرطٍ مُتعارَفٍ فصَحَّ، ....

[٢٥٤٣٢] (قولُهُ: كما أفادَهُ بقولِهِ إلخ) أي: أفادَ بعضَهُ؛ لأنَّه لم يذكُرِ الجُنونَ، لكنْ يُفهَمُ حُكمُهُ مِن الموتِ؛ لأنَّ المُستَحَقَّ عليه تسليمٌ يكونُ ذريعةً إلى الخِصامِ ولا يتحقَّقُ ذلك مع الجُنونِ كالموتِ.

[٢٥٤٣٣] (قولُهُ: أو ماتَ المطلُوبُ) يعني: بعدَ الغَدِ، كذا في "الفتح"[(١)]. وبهذا يزولُ إشكالُ المسألةِ، وهو أنَّ شرطَ الضَّمانِ عَدَمُ الموافاةِ مع القُدرةِ، ولا شكَّ أنَّه لا قُدرةَ على الموافاةِ بالمطلُوبِ بعدَ موتِهِ، فإذا[(٢)] قيَّدَ الموتَ بما بعدَ الغَدِ يكونُ قد وُجِدَ شرطُ الضَّمانِ قبلَهُ؛ لأنَّ فَرْضَ المسألةِ عَدَمُ الموافاةِ به غداً كما نبَّهَ عليه "الشّارحُ" بقولِهِ: ((في الصُّورةِ المذكُورةِ)) أي: المقيَّدةِ بالغَدِ، لكنَّ مُفادَهُ أنَّه لولم يقيَّدْ بالغَدِ لا يثبُتُ الضَّمانُ بالموتِ مع أنَّه صرَّحَ في "الفتح"[(٣)] أيضاً: ((بأنَّه لا فرقَ بينَ المقيَّدِ والمطلقِ))، فليُتأمَّلْ. ثمَّ رأيتُ في "كافي الحاكم" قيَّدَ بقولِهِ: ((فماتَ المكفُولُ به قبلَ الأجلِ، ثمَّ حلَّ الأجلُ فالمالُ على الكفيلِ))، فهذا مُخالفٌ لقولِ "الفتح": ((يعني: بعدَ الغَدِ)).

[٢٥٤٣٤] (قولُهُ: في الصُّورتين) أي: صورةِ عَدَمِ الموافاةِ مع القُدرةِ، وصورةِ موتِ المطلُوبِ. وموتُ المطلُوبِ وإنْ أبطَلَ الكفالةَ بالنَّفسِ فإنَّما هو في حَقِّ تسليمِهِ إلى الطّالبِ لا في حَقِّ المالِ، "بحر"[(٤)].

[٢٥٤٣٥] (قولُهُ: بشرطٍ مُتعارَفٍ) فلو قال: إنْ وافيتُكَ به غداً فعليَّ ما عليه، ثمَّ وافَى به

---

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٩٢.

(٢) في "الأصل": ((فإن)).

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٩٣.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣١ بتصرف.

ولا يبرأُ عن كفالةِ النَّفسِ لعَدَمِ التَّنافي، فلو أبرَأَهُ عنها فلم يُوافِ به لم يَجِبِ المالُ لفَقْدِ شرطِهِ ....

لم يلزَمْهُ المالُ؛ لأنه شَرَطَ لُزُومَهُ إنْ أَحْسَنَ إليهِ، كذا في "منية المفتي"، يعني أنَّه تعليقٌ بشرطٍ غيرِ مُتعارَفٍ، "نهر"[(١)]. لكنْ في "جامع الفصولين"[(٢)]: ((لو قال: إنْ وافيتُكَ به غداً وإلاّ فعليَّ المالُ لم تَصِحَّ الكفالةُ، بخلافِ: إنْ لم أُوافِكَ به غداً)) اهـ. واستشكَلَ في "نور العين"[(٣)] الفرقَ بينَ المسألتين؛ لأنَّ قولَهُ: ((وإلاّ فعليَّ المالُ)) بمعنى: إنْ لم أُوافِكَ به غداً.

قلتُ: الظّاهرُ أنَّ قولَهُ: ((وإلاّ)) زائدٌ، والصَّوابُ إسقاطُهُ بدليلِ كلامِ "المنية"، وبه يزولُ الإشكالُ، تدبَّرْ.

[٢٥٤٣٦] (قولُهُ: لعَدَمِ التَّنافي) إذ كلٌّ مِنهما للتَّوثُّقِ، ولعلَّه يُطالِبُهُ[(٤)] بحَقٍّ آخَرَ يدَّعي به غيرَ المالِ الذي كفَلَ به مُعلَّقاً كما في "الفتح"[(٥)].

[٢٥٤٣٧] (قولُهُ: لفَقْدِ شرطِهِ) وهو بقاءُ الكفالةِ بالنَّفسِ؛ لزوالِها بالإبراءِ، وطُولِبَ بالفرقِ بينَه وبينَ موتِ المطلُوبِ، فإنَّها بالموتِ زالَتْ أيضاً. وأُجيبَ بأنَّ الإبراءَ وُضِعَ لفَسْخِ الكفالةِ فتُفسَخُ مِن كلِّ وجهٍ، والانفساخُ بالموتِ إنَّما هو لضرورةِ العجزِ عن التَّسليمِ المفيدِ فيقتصِرُ؛ إذ لا ضرورةَ إلى تعدِّيهِ إلى الكفالةِ بالمالِ، كذا في "الفتح"[(٦)]، "نهر"[(٧)].

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/أ.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها إلخ ٢/٥٤.

(٣) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في التصرفات الفاسدة وأحكامها إلخ ق١٢٧/أ.

(٤) في "الأصل": ((يطالب)).

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٩٢.

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٩٣.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/أ بتصرف.

قَيَّدَ بموتِ المطلُوبِ لأنَّه لو ماتَ الطّالبُ طَلَبَ وارثُهُ، ولو ماتَ الكفيلُ طُولِبَ وارثُهُ، "درر"[١]. فإنْ دفعَهُ الوارثُ إلى الطّالبِ[٢] بَرِئَ، وإنْ لم يدفَعْهُ حتّى مضَى الوقتُ كانَ المالُ على الوارثِ، يعني: مِن تَرِكَةِ الميْتِ، "عينيّ"[٣]. (ولو اختَلَفا في الموافاةِ) وعَدَمِها (فالقولُ للطّالبِ) لأنَّه مُنكِرُها (و) حينئذٍ فـ (ـالمالُ لازمٌ على الكفيلِ) "خانيَّة"[٤]، وفيها[٥]: ((و[٦]لو اختفَى الطّالبُ فلم يَجِدْهُ الكفيلُ نَصَبَ القاضي عنه وكيلاً)).

[٢٥٤٣٨] (قولُهُ: طَلَبَ وارثُهُ) أي: طَلَبَ وارثُهُ مِن الكفيلِ إحضارَ المكفُولِ به في الوقتِ، وإنْ مضَى الوقتُ طَلَبَ مِنه المالَ.

[٢٥٤٣٩] (قولُهُ: طُولِبَ وارثُهُ) أي: بإحضارِ المكفُولِ به في الوقتِ، وبالمالِ بعدَهُ.

[٢٥٤٤٠] (قولُهُ: فإنْ دفعَهُ) تفريعٌ على قولِهِ: ((ولو ماتَ الكفيلُ إلخ)).

[٢٥٤٤١] (قولُهُ: فالقولُ للطّالبِ) ويكونُ الأمرُ على ما كانَ في الابتداءِ، ولا يمينَ على واحدٍ مِنهما؛ لأنَّ كلاًّ مِنهما مُدَّعٍ، الكفيلَ البراءةَ والطّالبَ الوُجوبَ، ولا يمينَ على المُدَّعي عندَنا، "بحر"[٧] عن "نَظْم الفقه"[٨].

[٢٥٤٤٢] (قولُهُ: ولو اختَفَى الطّالبُ) أي: عندَ مجيءِ الوقتِ.

مطلبٌ في المواضعِ التي يُنصِّبُ فيها القاضي وكيلاً بالقَبْضِ عن الغائبِ المتواري

٤/٢٥٩ [٢٥٤٤٣] (قولُهُ: نَصَبَ القاضي عنه وكيلاً) أي: فيُسلِّمُهُ إليه، وكذا لو اشترَى بالخِيارِ

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢٩٨/٢ بتصرف.

(٢) في "د" و"و": ((للطالب)) بدل ((إلى الطالب)) .

(٣) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٧٠/٢.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٥/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٦/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) الواو ليست في "د" و"و".

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٢/٦.

(٨) "نَظْم الفقه": للزَّنْدَوِيْسَتِيّ، وتقدمت ترجمته ٥٥٤/١.

ولا يُصدَّقُ الكفيلُ على الموافـاةِ إلاّ بحُجَّـةٍ. (ادَّعَـى علـى آخَـرَ) حَقّـاً، "عينـي"[(١)]، أو (مائةَ دينارٍ ولـم يُبيِّنْها) أجيِّـدةٌ، أم رديئـةٌ، أم أشـرفيَّةٌ[(٢)] لتَصِـحَّ الدَّعـوى (فقـال) رجلٌ للمُدَّعِي: دَعْهُ فأنا كفيلٌ بنفسِهِ ....

فتَوارَى البائعُ، أو حلَفَ لَيقضِينَّ دَينَهُ اليـومَ فتغيَّـبَ الدّائـنُ، أو جعَـلَ أمرَهـا بيدِهـا إنْ لـم تَصِـلْ نفقَتُها فتغيَّبتْ فالمتـأخِّرونَ على أنَّ القـاضيَ يَنْصِـبُ وكيـلاً عـن الغـائبِ في الكـلِّ، وهـو قـولُ "أبي يوسفَ"، كذا في "الخانيَّة"[(٣)]. قال "أبو اللَّيـث": ((هـذا خـلافُ قـولِ [٣/ق١٦٧/أ] أصحابِنـا، وإنَّما رويَ في بعضِ الرِّواياتِ عن "أبي يوسفَ"، ولو فعلَهُ القاضي فهو حسنٌ))، "نهر"[(٤)].

[٢٥٤٤٤] (قولُهُ: ولا يُصدَّقُ الكفيلُ إلخ) الأَولى ذِكرُهُ بعدَ قولِهِ: ((لأنَّه مُنكِرُها)).

[٢٥٤٤٥] (قولُهُ: ادَّعَى على آخَرَ حَقّـاً) أفـادَ أنَّـه لا فـرقَ بـينَ أنْ [لا][(٥)] يُبيِّـنَ مقـداراً أصلاً، أو يُبيِّنَ المقدارَ ولم يُبيِّنْ صفتَهُ، وقـد جمَـعَ بـينَ المسـألتينِ "الإمـامُ محمَّـدٌ" في "الجـامع الصَّغير"[(٦)]، واقتصَرَ في "الكنز"[(٧)] على الثّانية، قال في "النَّهر"[(٨)]: ((ولو تَبِعَهُ "المصنِّف" لكان أَولى))، والخلافُ الآتي[(٩)] جارٍ فيهما خلافاً لِما يُوهِمُهُ كلامُ "البحر"[(١٠)].

[٢٥٤٤٦] (قولُهُ: لتَصِحَّ الدَّعوى) علَّةٌ للمنفيِّ بـ ((لم))، أفادَ أنَّ صحَّةَ الدَّعـوى وقـتَ الكفالةِ غيرُ شرطٍ.

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٢/٧٠.

(٢) في "د": ((شريفية))، ودنانير أشرفية: نسبة إلى السلطان الأشرف.

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في تسليم نفس المكفول به ٣/٥٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/أ، ونَقَل قولَ أبي الليث عن "الخلاصة".

(٥) ((لا)) ليست في النسخ جميعها، والسِّياق يقتضيها، وقد نبَّه على ذلك مصحِّحا "ب" و"م".

(٦) "الجامع الصغير": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالنفس صـ٣٧٠ ـ ٣٧١.

(٧) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٢/٧٠.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/ب.

(٩) المقولة [٢٥٤٤٧] قوله: ((أي: فعليَّ المائةُ)) وما بعدها.

(١٠) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٣.

و(إنْ لم أُوافِكَ به غداً فعليه) أي: فعليَّ (المائةُ[١]، فلم يُوافِ) الرَّجلُ (به غداً فعليه المائةُ) التي[٢] بيَّنَها المُدَّعي إمّا بالبيِّنةِ أو بإقرارِ المُدَّعَى عليه، وتَصِحُّ الكفالتان؛ لأنَّه إذا بيَّنَ التحقَ البيانُ بأصلِ الدَّعوى، فتبيَّنَ صحَّةُ الكفالةِ بالنَّفسِ، فترتَّبَ عليها الثّانيةُ،

[٢٥٤٤٧] (قولُهُ: أي: فعليَّ[٣] المائةُ) أي: المائةُ الدِّينارُ المذكُورةُ، والأَولى أنْ يَزيدَ مائةَ دينارٍ مُنكَّرةً لأجلِ قولِهِ: ((حَقّاً))، وقيَّدَ بكونِهِ كفَلَ بقَدْرٍ معلُومٍ لِما في "كافي الحاكم": ((مِن أنَّه لو كفَلَ بنفسِهِ على أنَّه إنْ لم يُوافِ به غداً فعليه ما للطّالبِ عليه مِن شيءٍ، فلم يُوافِ به في الغَدِ، وقال الكفيلُ: لا شيءَ لك عليه فالقولُ له مع يمينِهِ على عِلمِهِ. وكذلك إذا أقرَّ الكفيلُ بمائةٍ والمطلُوبُ بمائتينِ صُدِّقَ المطلُوبُ على نفسِهِ ولم يُصدَّقْ على الكفيلِ، ولو قال: فعليه مِن المالِ ما أقرَّ به المطلُوبُ فأقرَّ المطلُوبُ بألفٍ فالكفيلُ ضامنٌ لها، ولو قال: فعليه ما ادَّعَى الطّالبُ وادَّعَى ألفاً وأقرَّ له بها المطلُوبُ فالقولُ للكفيلِ مع يمينِهِ على عِلمِهِ)) اهـ.

[٢٥٤٤٨] (قولُهُ: فعليه المائةُ) هذا قولُ "الإمامِ" و"الثّاني" آخِراً، وقال "محمَّدٌ": إنْ لم يُبيِّنْها ثمَّ ادَّعَى وبيَّنَها لا تلزَمُهُ، وتمامُهُ في "النَّهر"[٤].

[٢٥٤٤٩] (قولُهُ: إمّا بالبيِّنةِ إلخ) تابَعَ فيه صاحبَ "النَّهر"[٤]، وكأنَّه أخذَهُ مِمّا يأتي[٥] عن "السِّراج": ((مِن اشتراطِ إقرارِ المُدَّعَى عليه بالمالِ))، والبيِّنةُ مثلُ الإقرارِ، لكنَّ هذا مُخالفٌ لكلامِ "المصنِّف" وغيرِهِ: ((مِن أنَّ القولَ للمدَّعِي)) كما يأتي[٥].

(قولُهُ: لكنَّ هذا مُخالفٌ لكلامِ "المصنِّفِ" وغيرِهِ إلخ) فيه: أنَّ كلامَ "المصنِّف" في قَبُولِ قولِ المُدَّعي أنَّه أرادَ البيانَ عندَ الدَّعوى لتَصِحَّ الكفالةُ، وما هنا فيما إذا أرادَ المُدَّعي إلزامَ الكفيلِ بما بيَّنهُ، ومعلُومٌ أنَّه لا يكفي بيانُهُ لإلزامِهِ، بل لا بدَّ مِن بيِّنةٍ أو إقرارِ المُدَّعَى عليه أو الكفيلِ، وليس كلامُهُ مَبنيّاً على ما في "السِّراج".

---

(١) عبارة "و": ((إنْ لم يوافِكَ بهِ غداً فعليَّ المائةُ)).

(٢) في "د" و"و": ((أي: التي)).

(٣) في النسخ جميعها ((فعليه))، وما أثبتناه هو الموافق لنسخ "الدر"، وأشار إليه مصحِّحا "ب" و"م".

(٤) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/ب.

(٥) صـ٦٣ـ "در".

(والقولُ له) أي: للكفيلِ (في البيانِ) لأنّه يدَّعي صحَّةَ الكفالةِ، وكلامُ "السِّراج" يُفيدُ اشتراطَ إقرارِ المُدَّعَى عليه بالمالِ، ....

[٢٥٤٥٠] (قولُهُ: والقولُ له، أي: للكفيلِ[1]) عبارةُ "المصنِّف" في "المنح"[2]: ((أي: للمكفُولِ له))، وهي الصَّوابُ، وقد تَبعَ "الشّارحُ" "الدُّرر"[3]، واعترضَهُ في "العزميَّة"[4] بقولِهِ: ((هذا سهوٌ ظاهرٌ، والصَّوابُ: للمدَّعي، أمّا درايةً فلأنَّ قولَهم: لأنَّه يدَّعي الصِّحَّةَ يشهَدُ بذلك، فإنَّ ادِّعاءَ الصِّحَّةَ لا يُوافِقُ مُدَّعاهُ، وأمّا روايةً فلقولِهِ في "معراج الدِّراية": ويكونُ القولُ له في هذا البيانِ؛ لأنّه يدَّعي الصِّحَّةَ، والكفيلَ يدَّعي الفسادَ، ذكرَهُ[5] في "الذَّخيرة". اهـ. وفي "غاية البيان"[6]: ويُقبَلُ قولُ المُدَّعي أنّه أرادَ ذلك عندَ الدَّعوى؛ لأنَّه يدَّعي الصِّحَّةَ)) اهـ ما في "العزميَّة". وفي "النِّهاية": ((فإذا بيَّنَ المُدَّعي ذلك عندَ القاضي ينصرِفُ بيانُهُ إلى ابتداءِ الدَّعوى والملازمةِ، فتظهَرُ صحَّةُ الكفالةِ بالنَّفسِ والمالِ جميعاً، ويكونُ القولُ قولَهُ في هذا البيانِ؛ لأنَّه يدَّعي صحَّةَ الكفالةِ)) اهـ. ومثلُهُ في "شرح الجامع الصَّغير" لـ"قاضي خان"[7]، فهذه العباراتُ صريحةٌ في المرادِ، وهو ظاهرُ عباراتِ المُتونِ و"الهداية"[8].

[٢٥٤٥١] (قولُهُ: وكلامُ "السِّراج" يُفيدُ إلخ) وذلك حيثُ قال: ((ولو ادَّعَى على رجلٍ ألفاً فأنكَرَهُ، فقال له رجلٌ: إنْ لم يُوافِكَ[9] به غداً فهي عليَّ، فلم يُوافِهِ به غداً لا يلزَمُهُ شيءٌ؛

---

(١) في "م": ((أي: الكفيل)).

(٢) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٥/ب.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٨.

(٤) هي حاشية عزمي زاده (ت١٠٤٠هـ) على "الدرر والغرر"، وتقدمت ترجمتها ٣/٢١١.

(٥) في "الأصل": ((وذكره)).

(٦) "غاية البيان ونادرة الأقران": للإتقانيّ (ت٧٥٨هـ) شرح "هداية المرغينانيّ"، وتقدمت ترجمتها ١/٢٢٨.

(٧) "شرح الجامع الصغير": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالنفس ٢/ق٨٣/ب.

(٨) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٨٩.

(٩) في "آ" و"ب" و"م": ((أوافك)).

فليُحرَّرْ. (لا يُجبَرُ) المُدَّعَى عليه (على إعطاءِ الكفيلِ بالنَّفسِ في) دعوى (حَدٍّ وقَوَدٍ) مُطلقاً،..

لأنَّ المكفُولَ عنه لم يعترِفْ بوُجودِ المالِ، ولا اعترَفَ الكفيلُ بها أيضاً، فصار هذا مالاً مُعلَّقاً بخطرٍ فلا يَجُوزُ)) اهـ.

[٢٥٤٥٢] (قولُهُ: فليُحرَّرْ) لا يَخفَى أنَّ ما في "السِّراج" لا يُعارِضُ ما في مشاهيرِ كتبِ المذهبِ التي ذكرناها، وقال "السّائحانيُّ": ((الذي تحرَّر لي أنْ يُحمَلَ ما في "السِّراج" على قولِ "محمَّدٍ" وقولِ "أبي يوسفَ" ثانياً)) اهـ. وهو ظاهرٌ، ولا يُقالُ: إنَّ قولَ "السِّراج": ((فأنكرَهُ)) يُفيدُ التَّوفيقَ بحملِ كلامِهم على الإقرارِ؛ لأنَّه خلافُ ما فرَضَ به المسألةَ في "كافي الحاكم": ((مِن كونِ الكفيلِ والمطلُوبِ مُنكِرَينِ للمالِ)).

[٢٥٤٥٣] (قولُهُ: في دعوى حَدٍّ وقَوَدٍ) قيَّدَ بالدَّعوى [٣/ق١٦٧/ب] لأنَّ الكفالةَ بنفسِ الحَدِّ والقَوَدِ لا تَجُوزُ إجماعاً كما يأتي[١]؛ إذ لا يمكنُ استيفاؤهما مِن الكفيلِ. وقيَّدَ بالقِصاصِ لأنَّه في القتلِ والجراحةِ خطأً يُجبَرُ عليه[٢] الكفيلُ إجماعاً؛ لأنَّ الموجَبَ هو المالُ، "نهر"[٣].

[٢٥٤٥٤] (قولُهُ: مُطلقاً) أي: في حَقِّهِ تعالى، أو حَقِّ عبدٍ، وهذا راجعٌ لقولِهِ: ((حَدٍّ))، والأَولى ذِكرُهُ عَقِبَهُ.

(قولُهُ: قيَّدَ بالدَّعوى إلخ) لا حاجةَ للتَّقييدِ بالدَّعوى، فإنَّ الكفالةَ بنفسِ الحَدِّ والقَوَدِ خارجةٌ بقولِ "المصنِّف": ((بالنَّفس))، فالأَولى إبقاءُ "المتنِ" عامّاً شاملاً للكفالةِ بالنَّفسِ في دعوى حَدٍّ، وللكفالةِ بالنَّفسِ في نفسِ الحَدِّ، تأمَّلْ.

---

(١) المقولة [٢٥٤٦١] قوله: ((وظاهرُ كلامهم)) والتي بعدها.

(٢) في "الأصل" و"ك" و"آ" و"ب": ((على)).

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/ب.

وقالا: يُجبَرُ في قَوَدٍ وحَدِّ قذفٍ وسرقةٍ كتعزيرٍ؛ ....

[٢٥٤٥٥] (قولُهُ: وسرقةٍ) هذا ألحقَهُ "التُّمرتاشيُّ" وجعلَهُ مِن حُقوقِ العبادِ لكونِ الدَّعوى فيه شرطاً، بخلافِ غيرِهِ؛ لعَدَمِ اشتراطِها، "بحر"[١].

قلتُ: قد صرَّحَ به "الحاكمُ" في "الكافي" حيثُ قال: ((ولو ادَّعَى رجلٌ قِبَلَ رجلٍ أنَّه سرَقَ مالاً مِنه وقال: بيِّنتي حاضرةٌ فإنَّه يؤخَذُ له كفيلٌ بنفسِهِ ثلاثةَ أيّامٍ، ولو قال: قد قَبَضتُ مِنه السَّرقةَ ولكنِّي أُريدُ أنْ أُقيمَ الحَدَّ لم يؤخَذْ مِنه كفيلٌ))، ثمَّ قال: ((وإذا أقام شاهدَينِ على السّارقِ وعلى السَّرقةِ وهي بعينِها في يديهِ لم يؤخَذْ مِنه كفيلٌ، ولكنْ يُحبَسُ وتوضَعُ السَّرقةُ على يدَي عَدْلٍ حتّى يُزَكَّى الشُّهُودُ)) اهـ.

قلتُ: والظّاهرُ أنَّه يُحبَسُ ولا يُكْفَلُ في الثّانيةِ؛ لأنَّه صار متَّهَما بقيامِ البيِّنةِ قبلَ التّزكيةِ، والمتَّهَمُ يُحبَسُ كما يأتي[٢]. وفي الأُولى لم يُحبَسْ؛ لأنَّ الحبسَ عقوبةٌ فلا يفعلُها قبلَ الشَّهادةِ.

[٢٥٤٥٦] (قولُهُ: كتعزيرٍ) قال في "الكافي": ((لو ادَّعَى رجلٌ قِبَلَ رجلٍ شتيمةً فيها تعزيرٌ وقال: بيِّنتي حاضرةٌ آخُذُ له مِنه كفيلاً بنفسِهِ ثلاثةَ أيّامٍ؛ لأنَّه ليس بحَدٍّ، وهو مِن حُقوقِ النّاسِ، ألا تَرَى أنَّه لو عَفا عنه وتركَهُ جازَ))، ثمَّ قال: ((وإنْ أقامَ عليه شاهدَينِ بالشَّتْمَةِ[٣] ٤/٢٦٠

(قولُهُ: هذا ألحقَهُ "التُّمرتاشيُّ" إلخ) أي: فيَجُوزُ التَّكفيلُ بنفسِ مَن عليه بالإجماعِ، وفي الإجبارِ عليه عندَهما. اهـ "زيلعيٌّ".

(قولُهُ: قد صرَّحَ به "الحاكمُ" في "الكافي" حيثُ قال: ولو ادَّعَى رجلٌ إلخ) ما في "الكافي" إنَّما أفادَ أنَّه لا يؤخَذُ مِنه كفيلٌ لإقامةِ الحَدِّ عندَ دعواه وإرادةِ أنْ يُقامَ الحَدُّ عليه، ولم يتعرَّضْ أنَّ هذا متفَقٌ عليه أو مختلَفٌ، والمنقُولُ عن "الصّاحبينِ": أنَّه في القَوَدِ وحَدِّ القذفِ يُجبَرُ على إعطاءِ كفيلٍ بالنَّفسِ فيهما، ولم يُنقَلْ عنهما شيءٌ في حَدِّ السَّرقةِ، فألحَقَها "التُّمرتاشيُّ" بهما عندَهما؛ لتوقُّفِ كلٍّ على الدَّعوى.

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٤.

(٢) المقولة [٢٥٤٦٥] قوله: ((لأنَّ الحبسَ للتُّهَمَة مشروعٌ)).

(٣) في "آ" و"م": ((بالشتيمة)).

لأنَّه حَقُّ آدميٍّ، والمرادُ بالجَبْرِ الملازمةُ لا الحَبْسُ، (ولو أعطَى) برضاهُ كفيلاً في قَوَدٍ، وقَذْفٍ، وسَرِقةٍ (جازَ) اتفاقاً، "ابنُ كمالٍ". ....

لم يُحبَسْ، ولكنْ يؤخَذُ مِنه كفيلٌ بنفسِهِ حتّى يسألَ عن الشُّهودِ، فإنْ زُكُّوا عـزَّرَهُ القاضي أسواطاً، وإنْ رأى أنْ لا يضرِبَهُ وأنْ يحبِسَهُ أيّاماً عقوبةً فعَلَ، وإنْ كان المُدَّعَى عليه رجلاً له مروءةٌ وخطَرٌ استحسنتُ أنْ لا أحبِسَهُ ولا أُعزِّرَهُ إذا كان ذلك أوَّلَ ما فعَلَ)) اهـ.

[٢٥٤٥٧] (قولُهُ: لأنَّه حَقُّ آدميٍّ) ظاهِرُهُ أنَّ ما كان ــ أي: مِن التَّعزيرِ ــ مِن حُقوقِهِ تعالى لا يَجُوزُ به التَّكفيلُ كالحَدِّ، "بحر"[١].

[٢٥٤٥٨] (قولُهُ: والمرادُ بالجَبْرِ) أي: على قولِهما كما في "البحر"[١].

[٢٥٤٥٩] (قولُهُ: الملازمةُ) أي: بأنْ يدُورَ معه الطّالبُ حيث دارَ كيلا يتغيَّبَ عنه، وإذا أرادَ دُخولَ دارِهِ فإنْ شاءَ المطلُوبُ أدخلَهُ معه وإلاّ منعَهُ الطّالبُ عنه، "نهر"[٢].

[٢٥٤٦٠] (قولُهُ: جازَ) لأنَّه أمكنَ ترتيبُ مُوجَبِهِ عليه؛ لأنَّ تسليمَ النَّفسِ فيها واجبٌ، فيُطالَبُ به الكفيلُ فيتحقَّقُ الضَّمُّ، "هداية"[٣]. قال في "الفتح"[٤]: ((ومُقتضَى هذا التَّعليلِ صحَّةُ الكفالةِ إذا سمَحَ بها في الحُدودِ الخالصةِ؛ لأنَّ تسليمَ النَّفسِ واجبٌ فيها[٥]، لكنْ نصَّ في "الفوائد الخبّازيَّة"[٦] على أنَّ ذلك في الحُدودِ التي للعبادِ فيها حقٌّ كحَدِّ القذفِ لا غَيْرُ)) اهـ "نهر"[٧]. وفي "البحر"[٨]: ((قدَّمنا أنَّه لا تَجُوزُ بنفسِ مَن عليه في الحُدودِ الخالصةِ)).

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٤.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/ب.

(٣) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٨٩.

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٩٦ بتصرف.

(٥) عبارة "النهر": ((فيهما)).

(٦) هي حواشٍ على "هداية المرغيناني"، لجلال الدين الخَبّازيّ (ت٦٩١هـ)، وتقدمت ترجمتها ١/٣٧٤.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٩/ب.

(٨) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٥٠.

وظاهرُ كلامِهم أنَّها في حُقوقِهِ تعالى لا تَجُوزُ، "نهر"[١]. **قلتُ**: وسيجيءُ[٢] أنَّها لا تَصِحُّ بنفسِ حَدٍّ وقَوَدٍ فليكنِ التَّوفيقَ. ....

[٢٥٤٦١] (قولُهُ: وظاهرُ كلامِهم) أي: حيث اقتصرُوا[٣] على هذه الثَّلاثةِ، وقد أسمعناكَ[٤] التَّصريحَ به في "الفتح" عن "الخبّازيَّة"، وذكرَهُ قبلَ ذلك أيضاً حيث قال[٥]: ((بخلافِ الحُدودِ الخالصةِ حَقّاً للهِ تعالى كحَدِّ الزِّنى والشُّربِ لا تَجُوزُ الكفالةُ وإنْ طابَتْ نفسُ المُدَّعَى عليه بإعطاءِ الكفيلِ بعدَ الشَّهادةِ أو قبلَها))، ثمَّ ذكَرَ وجهَهُ.

[٢٥٤٦٢] (قولُهُ: فليكنِ التَّوفيقَ) أي: فليكن ظاهرُ كلامِهم المذكُورِ توفيقاً بينَ ما ذكَرَهُ "المصنِّف"[٦]: ((مِن أنَّه لو أعطَى كفيلاً برضاهُ جازَ)) وبينَ ما سيجيءُ[٧]، بحملِ ما هنا على حُقوقِ العبادِ وما سيجيءُ[٧] على حُقوقِهِ تعالى، لكنْ فيه: أنَّ الكفالةَ بنفسِ الحَدِّ لا تَصِحُّ مُطلقاً؛ لأنَّ حَدَّ السَّرقةِ وإنْ كان مُلحَقاً بحُقوقِ العبادِ كما مرَّ[٨] لكنْ إذا قال: قبَضتُ السَّرقةَ، وقال: أُريدُ إقامةَ الحَدِّ لم يؤخَذْ له كفيلٌ كما قدَّمناهُ[٨]، فالأظهرُ أنْ يكونَ مرادُهُ أنَّ ما سيجيءُ مِن قولِهم: ((لا تَصِحُّ بنفسِ حَدٍّ وقَوَدٍ)) هو التَّوفيقَ بينَه وبينَ ما هنا مِن أنَّه لو أعطَى كفيلاً برضاهُ

(قولُهُ: فالأظهرُ أنْ يكونَ مرادُهُ أنَّ ما سيجيءُ مِن قولِهم: لا تَصِحُّ إلخ) نقَلَ هذا التَّوفيقَ "السِّنديُّ" عن عمِّهِ "محمَّدٍ حسينٍ الأنصاريِّ"، وقال: ((لا حاجة للتَّوفيقِ؛ لأنَّ الموضوعَ مُختلفٌ)).

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/ب.

(٢) صـ١٠٥ـ "در".

(٣) في "م": ((قتصروا)) بلا همزة، وهو خطأ.

(٤) في المقولة السابقة.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٩٥.

(٦) صـ٦٦ـ "در".

(٧) صـ١٠٥ـ "در".

(٨) المقولة [٢٥٤٥٥] قوله: ((وسرقةٍ)).

(ولا حَبْسَ فيهما حتّى يشهَدَ شاهدانِ مستورانِ أو) واحدٌ (عَدْلٌ) يعرِفُهُ القاضي بالعدالةِ؛ لأنَّ الحَبْسَ للتُّهَمَةِ مشرُوعٌ، وكذا تعزيرُ المتَّهَمِ، "بحر". (**فوائدُ**) لا يلزَمُ أحداً إحضارُ أحدٍ، فلا يلزَمُ الزَّوجَ إحضارُ زوجتِهِ لسماعِ دعوًى عليها. ....

جازَ، فإنَّ ذاك في أنَّها لا تَصِحُّ بنفسِ الحَدِّ والقَوَدِ، وما هنا مِن الجوازِ في دعوى الحَدِّ والقَوَدِ كما أشارَ إليه أوَّلاً حيثُ قال: ((في دعوى حَدٍّ وقَوَدٍ)).

[٢٥٤٦٣] (قولُهُ: ولا حَبْسَ فيهما) أي: في الحُدودِ والقِصاصِ.

[٢٥٤٦٤] (قولُهُ: يعرِفُهُ القاضي بالعدالةِ) [٣/ق١٦٨/أ] أي: فلا يحتاجُ إلى تعديلِهِ.

[٢٥٤٦٥] (قولُهُ: لأنَّ الحَبْسَ للتُّهَمَةِ مشرُوعٌ) أي: والتُّهَمَةُ تثبُتُ بأحدِ شطرَيِ الشَّهادةِ العَدَدِ أوالعدالةِ، "فتح"[١]. وهذا جوابٌ عمّا قد يُقالُ: الحَبْسُ أقوى منَ الكفالةِ، فإذا لم يؤاخَذْ بالأدنَى فكيف يؤاخَذُ بالأقوى؟ فأجابَ بأنَّ الحَبْسَ للتُّهَمَةِ لا للحَدِّ، أفادَهُ "السّائحانيُّ".

مطلبٌ في تعزيرِ المتَّهَمِ

[٢٥٤٦٦] (قولُهُ: وكذا تعزيرُ المتَّهَمِ) أي: في غيرِ هذه المسألةِ، وإلاّ فهي أيضاً مِن تعزيرِ المتَّهَمِ، فإنَّ الحَبْسَ مِن أنواعِ التَّعزيرِ، وعبارةُ "البحر"[٢]: ((وكلامُهم هنا يدُلُّ ظاهراً على أنَّ القاضيَ يعزِّرُ المتَّهَمَ وإنْ لم يثبُتْ عليه، وقد كتبتُ فيها رسالةً[٣]، وحاصلُها: أنَّ ما كان مِن التَّعزيرِ مِن حُقوقِهِ تعالى لا يتوقَّفُ على الدَّعوى ولا على الثُّبوتِ، بل إذا أخبرَ القاضيَ عَدْلٌ بذلك عزَّرَهُ؛ لتصريحِهِم هنا بحَبْسِ المتَّهَمِ بشهادةِ مستورَينِ أو عَدْلٍ، والحَبْسُ تعزيرٌ)) اهـ مُلخَّصاً.

وحاصلُهُ: جوازُ تعزيرِ المتَّهَمِ فيما هو مِن حُقوقِهِ تعالى، ويدُلُّ عليه ما قدَّمناهُ[٤] آنفاً عن "الكافي": ((مِن جوازِ حَبْسِهِ إذا أقيمتِ البيِّنةُ على السَّرقةِ حتّى تُزكّى الشُّهودُ، بخلافِ ما إذا أقيمتْ على شَتْمِهِ فإنَّه يُكفَلُ، ولا يُحبَسُ إلاّ بعدَ تزكيتِهِم، فحينئذٍ يُضرَبُ أو يُحبَسُ)).

---

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٩٦.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٤.

(٣) هي الرسالة الثالثة عشرة في إقامة القاضي التعزير على المفسد صـ١٢٦ـ (ضمن مجموع "رسائل ابن نجيم").

(٤) المقولة [٢٥٤٥٥] قوله: ((وسرقةٍ)) وما بعدها.

إلاّ في أربعٍ: ....

(تنبيهٌ)

أورَدَ في "النَّهر"[١]: ((أنَّ تعزيرَ القاضي المتَّهَمَ وإنْ لم يثبُتْ عليه مبنيٌّ على خلافِ المفتى به عند المتأخِّرينَ مِن أنَّه ليس للقاضي أنْ يقضيَ بعِلْمِهِ))، ثمَّ أجابَ[٢]: ((بأنَّ الخلافَ فيما كان مِن حُقوقِ العبادِ، أمّا في حُقوقِهِ تعالى فيقضي فيها بعِلْمِهِ اتِّفاقاً))، ثمَّ قال[٢]: ((فما يُكتَبُ مِن المَحاضرِ في حَقِّ إنسانٍ فإنَّ للحاكمِ أنْ يعتمِدَهُ مِن العُدولِ ويعمَلَ بمُوجَبِهِ في حُقوقِهِ تعالى)) اهـ مُلخَّصاً.

قلتُ: وهذا خاصٌّ بالتَّعزيرِ؛ لأنَّ قضاءَهُ بعِلْمِهِ في الحُدودِ الخالصةِ لا يَصِحُّ اتِّفاقاً كما صرَّحَ به في "الفتح"[٣] قبيلَ بابِ التَّحكيمِ، وكذا في "شرح الوهبانيَّة" لـ"الشُّرُنبُلاليِّ"، وجزَمَ به في "شرح أدب القضاء"[٤] بلا حكايةِ خلافٍ، فما أجابَ به في "النَّهر"[٥] غيرُ صحيحٍ، وسيأتي[٦] تمامُ الكلامِ على ذلك إنْ شاءَ اللهُ تعالى في بابِ كتابِ القاضي إلى القاضي.

مطلبٌ: لا يلزَمُ أحداً إحضارُ أحدٍ إلاّ في أربعٍ

[٢٥٤٦٧] (قولُهُ: إلاّ في أربعٍ) استثناءٌ مِن قولِهِ: ((لا يلزَمُ أحداً)).

(قولُهُ: فما أجابَ به في "النَّهر" غيرُ صحيحٍ إلخ) قد يُقالُ: مرادُ "النَّهر" بحقُوقِهِ تعالى وحُقوقِ عبادِهِ خُصوصُ حُقوقِ التَّعزيرِ بدِلالةِ المقامِ، لا مُطلَقُ حُقوقٍ حتَّى يَرِدُ عليه أنَّه لا يقضي بعِلْمِهِ في الحُدودِ الخالصةِ. وقد يُدفَعُ إيرادُ "النَّهر" مِن أصلِهِ بأنَّه ليس ما هنا قضاءً بالعِلْمِ، بل بالإخبارِ مِن العَدْلِ أو المستورَينِ، وقد اكتَفَوا به هنا كما في كثيرٍ مِن المسائلِ.

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/ب ـ ٤١٦/أ.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/أ.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٤٠٦/٦.

(٤) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب التاسع والثلاثون في القاضي يقضي بعلمه ١٠١/٣.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٥/ب وما بعدها.

(٦) المقولة [٢٦٥٧٤] قوله: ((وفيها)).

كفيلِ نفسٍ، وسَجّانِ قاضٍ، والأبِ في صورتينِ في "الأشباه"[١]. ....

[٢٥٤٦٨] (قولُهُ: كفيلِ نفسٍ) أي: عندَ القُدْرةِ، "أشباه"[١].

[٢٥٤٦٩] (قولُهُ: وسَجّانِ قاضٍ) أي: إذا خلّى رجلاً مِن المسجونِينَ حبَسَهُ القاضي بدَينٍ عليه فلِرَبِّ الدَّينِ أنْ يطلُبَ السَّجّانَ بإحضارِهِ كما في "القنية "[٢]، "أشباه"[٣]. وقيَّدَ بإحضارِهِ إذ لا يلزَمُهُ الدَّينُ لعَدَمِ مُوجِبِهِ.

[٢٥٤٧٠] (قولُهُ: والأبِ في صورتينِ) الأُولى: الأبُ إذا أمَرَ أجنبيّاً بضمانِ ابنِهِ فطلَبَهُ الضّامنُ مِنه.

الثّانيةُ: ادَّعَى الأبُ مهرَ ابنتِهِ مِن الزَّوجِ، فادَّعَى الزَّوجُ أنَّه دخَلَ بها وطلَبَ مِن الأبِ إحضارَها، فإنْ كانت[٤] تخرُجُ في حوائجِها أمَرَ القاضي الأبَ بإحضارِها، وكذا لو ادَّعَى الزَّوجُ عليها شيئاً آخَرَ، وإلاّ أرسَلَ إليها أميناً مِن أُمَنائِهِ، ذكَرَهُ "الولوالجيُّ"[٥]، "أشباه"[٦]. ٢٦١/٤

(قولُهُ: وإلاّ أرسَلَ إليها أميناً إلخ) يسألُها عن دعوى الزَّوجِ، فإنْ أقرَّتْ شَهِدَ الشّاهدانِ بذلك وأجبَرَها على التَّوجُّهِ إلى الزَّوجِ أو بالحَقِّ، قال في "الهنديَّة" مِن الفصلِ الحادي عشرَ في العدوى: ((إنْ كان القاضي مأذُوناً بالاستخلافِ يبعَثُ خليفتَهُ إليهما ـ يعني المريضَ والمخدَّرةَ ـ فيقضي بينَهما وبينَ خُصومِهما، وإنْ لم يكنْ مأذُوناً به يبعَثُ أميناً مِن أُمَنائِهِ بشاهدينِ عَدْلَينِ حتّى يُخبِرا القاضِيَ بما جرَى.

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٤ـ.

(٢) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب الحبس والإفلاس والإشهاد إلخ ق١٣٢/ب، نقلاً عن القاضي عبد الجبار، وقد ذكر ابن عابدين رحمه الله في "حاشيته على الأشباه" صـ٢٥٤ـ عن جوي زاده أنَّ هذه المسألةَ غيرُ موجودة في "القنية"، وسكت عنها، وأشار الحموي في "غمز عيون البصائر" ٢٩٩/٢ إلى أنَّ المسألة موجودة فيها في الكتاب والباب المذكورين.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٤ـ.

(٤) ((كانت)) ليست في "الأصل".

(٥) "الولوالجية": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع إلخ ٧٣/٤ بتصرف.

(٦) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٥ـ.

وفي "حاشيتِها لابنِ المصنِّف"[١] مَعزيّاً لأحكاماتِ "العماديَّة": ((الأبُ يُطالَبُ بإحضارِ طفلِهِ إذا تغيَّبَ))، ....

قلتُ: والمقصُودُ مِن طلبِ إحضارِها أنْ يسألَها القاضي عن دعوى الزَّوجِ أنَّه دخَلَ بها، فإنْ أقرَّتْ بذلك أجبَرَها القاضي على المصيرِ إلى بيتِ الزَّوجِ، وإنْ أنكَرَتْ فالقولُ قولُها، كذا في "الولوالجيَّة"[٢]، وهكذا فهِمتُهُ قبلَ أنْ أراهُ، وللهِ تعالى الحمدُ، فافهمْ. وهذا مبنيٌّ على القولِ بأنَّها بعدَ الدُّخولِ بها برضاها ليس لها منعُ نفسِها لقَبْضِ المهرِ.

[٢٥٤٧١] (قولُهُ: الأبُ يُطالَبُ بإحضارِ طفلِهِ إذا تغيَّبَ) أي: إذا كان مأذوناً في التِّجارةِ وطلَبَ مِن رجلٍ أنْ يَضْمَنَهُ، فافهمْ.

وهذه غيرُ الأُولى مِن الصُّورتينِ السّابقتينِ، وقدَّمناهُ[٣] عن "الكافي". وكذا قال في "جامع الفصولين"[٤] مِن الأحكاماتِ: ((لو تغيَّبَ الغلامُ وأَخَذَ[٥] الكفيلُ أبا الغلامِ وقال: أنتَ أمرتَني أنْ أَضْمَنَهُ فخلِّصني، فإنَّ الأبَ يؤخَذُ[٥] به حتّى يُحضِرَ ابنَهُ؛ إذِ الصَّبيُّ في يدِهِ وتدبيرِهِ، وكذا

ثمَّ إذا ذهبُوا إلى المدَّعى عليه فالأمينُ يُخبِرُهُ بما ادُّعِيَ عليه، فإنْ أقرَّ بذلك أَشهَدَ شاهدينِ بما أقرَّ به وأَمَرَهُ أنْ يوكِّلَ وكيلاً يحضُرُ معه مجلسَ القاضي ليشهَدا عليه بما أقرَّ به بحضرةِ وكيلِهِ فيُقضَى عليه بحضرتِهِ، وإنْ أنكرَ والمُدَّعِي له بيِّنةٌ يأمُرُ المدَّعى عليه أنْ يوكِّلَ كذلك، وإنْ لم يكنْ له بيِّنةٌ فالأمينُ يُحلِّفُ المُدَّعَى عليه، فإنْ حلَفَ أخبَرَ الشّاهدانِ القاضيَ بذلك حتّى يمنعَهُ مِن الدَّعوى، وإنْ نكَلَ عن اليمينِ أمَرَهُ أنْ يوكِّلَ كذلك، ويشهدانِ بنُكولِهِ، ويقضي عليه بالنُّكولِ)) اهـ.

(قولُهُ: وهذا مبنيٌّ على القولِ بأنَّها بعدَ الدُّخولِ بها برضاها ليس لها منعُ نفسِها إلخ) أو على القولِ بأنَّه لا تُسمَعُ دعوى المهرِ بعدَ الدُّخولِ بها.

---

(١) المسماة: "زواهر الجواهر" للشيخ صالح التمرتاشي (ت١٠٥٥هـ)، وتقدمت ترجمتها ٦١٩/٣.

(٢) "الولوالجية": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع إلخ ٧٣/٤.

(٣) المقولة [٢٥٣٤٣] قوله: ((فلا تنفذ من صبيٍّ ولا مجنونٍ)).

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والثلاثون في الأحكامات ـ أحكام الصبيان ١٥٠/٢.

(٥) في النسخ جميعها: ((وآخذ)) بالمد ((يؤاخذ))، وما أثبتناه من عبارة "جامع الفصولين".

وفيها: ((القاضي يأخُذُ كفيلاً بإحضارِ المُدَّعَى ـ وكذا المُدَّعَى عليه ـ إلاّ في أربعٍ: مُكاتَبِهِ، ومأذُونِهِ، ووصيٍّ، ....

قالوا: إنَّ الصَّبيَّ المأذُونَ لو أعطَى كفيلاً بنفسِهِ ثمَّ تغيَّبَ الصَّبيُّ فإنَّ الأبَ يُطالَبُ بإحضارِهِ، بخلافِ أجنبيٍّ قال: أكفُلُ بنفسِ زيدٍ وكفَلَ، فغابَ زيدٌ فالآمرُ بالكفالةِ لا يُطالَبُ بإحضارِ [٣/ق١٦٨/ب] زيدٍ؛ لأنَّه لم يكنْ بيدِهِ وتدبيرِهِ)) اهـ.

[٢٥٤٧٢] (قولُهُ: وفيها) أي: في "الأشباه"(١).

[٢٥٤٧٣] (قولُهُ: بإحضارِ المُدَّعَى) بالفتحِ، أي: المُدَّعَى به إذا كان منقُولاً.

[٢٥٤٧٤] (قولُهُ: وكذا المُدَّعَى عليه) أي: يأخُذُ مِن المُدَّعَى عليه كفيلاً بنفسِهِ إذا بَرْهَنَ المُدَّعي ولم تُزَكَّ شُهودُهُ، أو أقامَ واحداً، أو ادَّعَى وقال: شُهودي حُضورٌ، ولا يُجبَرُ على إعطاءِ كفيلٍ بالمالِ، "أشباه"(١).

[٢٥٤٧٥] (قولُهُ: إلاّ في أربعٍ إلخ) عبارةُ "الأشباه"(١): ((ويُستثنَى مِن طَلَبِ كفيلٍ بنفسِهِ: إذا كان المُدَّعَى عليه وصيّاً أو وكيلاً ولم يُثبِتِ المُدَّعي الوصايةَ والوكالةَ، وهما في "أدب القضاء"(٢) لـ"الخَصّاف". وما إذا ادَّعَى بدَلَ الكتابةِ على مُكاتَبِهِ أو دَيناً غيرَها. وما إذا ادَّعَى العبدُ المأذُونُ الغيرُ المديونِ على مولاهُ دَيناً، بخلافِ ما إذا ادَّعَى المكاتَبُ على مولاهُ أو المأذُونُ المديونُ فإنَّه يُكفَلُ، كذا في "كافي الحاكم")) اهـ.

(قولُهُ: وما إذا ادَّعَى بدَلَ الكتابةِ على مُكاتَبِهِ إلخ) يُنظرُ الوجهُ في هذه المسائلِ المذكُورةِ في "الكافي" ووجهُ الفرقِ بينَها، فإنَّ ما في "شرح الأشباه" غيرُ محرَّرٍ، ولم يُذكَرْ في "حواشيها" شيءٌ، وليس في عبارةِ "الأشباه" هذه ما يُفيدُ أنَّ المأذُونَ مدَّعًى عليه كما يُفهِمُهُ كلامُ "الشّارحِ"، فيُرادُ به ما إذا كان مدَّعياً والسَّيِّدُ مدَّعًى عليه على التَّفصيلِ المذكُورِ.

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٦ـ.

(٢) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب التاسع والعشرون ـ طلب الوصيّ أو الوكيل الكفالة إلى حين إثباته وصيته أو وكالته ٢/٢٩٣ بتصرف.

ووكيلٍ إذا لم يُثبِتِ المُدَّعي الوصايةَ والوكالةَ)). وفي "شرح المجمع" عن "محمَّدٍ": ((إذا كان المُدَّعَى عليه معرُوفاً لا يُجبَرُ على الكفيلِ، ولو كان غريباً لا يُجبَرُ اتِّفاقاً، بل حَقُّهُ في اليمينِ فقط)) اهـ.

بإبراءِ الأصيلِ يبرَأُ الكفيلُ، إلاّ كفيلَ النَّفسِ، إلاّ إذا قال: لا حَقَّ لي قبلَهُ ولا لموكِّلي، ولا ليتيمٍ أنا وصيُّهُ، ولا لوقفٍ أنا مُتولِّيهِ فحينئذٍ يبَرأُ الكفيلُ، "أشباه"[1].

[٢٥٤٧٦] (قولُهُ: إذا لم يُثبِتِ المُدَّعي الوصايةَ والوكالةَ) لأنَّ المُدَّعَى عليه إذا أنكرَ كونَهُ وصيّاً أو وكيلاً لم يكنْ خصماً عن الميْتِ أو الغائبِ، بل هو أجنبيٌّ، فإذا قال المُدَّعي: عندي بيِّنةٌ على كونِهِ وصيّاً أو وكيلاً لم يؤخَذْ له كفيلٌ مِن المُدَّعَى عليه بنفسِهِ؛ لأنَّ الوصايةَ أو الوكالةَ ليست حَقّاً على المُدَّعَى عليه، أما لو أثبتَ ذلك وأرادَ أنْ يُثبِتَ دَيناً له على الميْتِ أو الموكِّلِ فقد صار المُدَّعَى عليه خصماً، فإذا قال للقاضي: لي بيِّنةٌ حاضرةٌ في المِصْرِ فخُذْ لي كفيلاً بنفسِهِ إلى ثلاثةِ أيّامٍ مثلاً فإنَّه يُجيبُهُ، هذا ما ظهَرَ لي في تقريرِ هذا المحلِّ.

[٢٥٤٧٧] (قولُهُ: لا يُجبَرُ على الكفيلِ) وفي ظاهرِ الرِّوايةِ يُجبَرُ كما أنَّه يُجبَرُ على إعطاءِ الكفيلِ وإنْ كان المالُ حقيراً، "ط"[2] عن "حاشية أبي السُّعود".

[٢٥٤٧٨] (قولُهُ: إلاّ كفيلَ النَّفسِ) فإنَّ الطّالبَ إذا أقرَّ أنَّه لا حَقَّ له قبلَ المكفُولِ به فإنَّ "أبا حنيفةَ" قال: له أنْ يأخُذَ الكفيلَ به، ألا ترَى أنَّه يكونُ وصيّاً يثبُتُ عليه أو وكيلاً في خُصومةٍ، "كافي".

(قولُهُ: لأنَّ المُدَّعَى عليه إذا أنكرَ كونَهُ إلخ) يعني: أنَّ المُدَّعَى عليه ادَّعَى عليه المُدَّعي أنَّه وصيٌّ أو وكيلٌ، ولو ادَّعَى المُدَّعي الوصايةَ لنفسِهِ أو الوكالةَ كان الحُكمُ كذلك كما في "السِّنديِّ" عن "شرح أدب القاضي".

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ د د ٢ـ.

(٢) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٥٠.

(و) أمّا (كفالةُ المالِ) ....

مطلبٌ في[1] كفالةِ المالِ

[٢٥٤٧٩] (قولُهُ: وأمّا كفالةُ المالِ إلخ) معطُوفٌ على قولِهِ: ((وكفالةُ النَّفسِ))، قال في "شرح الملتقى"[2]: ((وزادَ بعضُهم الكفالةَ بتسليمِ المالِ، ويمكنُ دُخولُهُ في المالِ فلا يحتاجُ إلى جعلِهِ قسماً ثالثاً، فتأمَّلْ)) اهـ. وهو ظاهرُ ما في "البحر"[3] عن "التَّتارخانيَّة"[4]: ((له مالٌ على رجلٍ، فقال رجلٌ للطَّالبِ: ضَمِنتُ لك ما على فُلانٍ أنْ أقبِضَهُ وأدفَعَهُ إليك، قال: ليس هذا على ضمانِ المالِ أنْ يدفَعَهُ مِن عندِهِ إنَّما هو على أنْ يتقاضاهُ ويدفَعَهُ إليه، وعلى هذا معاني كلامِ النّاسِ. ولو غصَبَ مِن مالِ رجلٍ ألفاً فقاتلَهُ المغصُوبُ مِنه وأرادَ أَخْذَها مِنه، فقال رجلٌ: لا تُقاتِلْهُ فأنا ضامنٌ لها آخذُها وأدفَعُها إليك لَزِمَهُ ذلك، ولو كان الغاصبُ استهلَكَ الألفَ وصارت دَيناً كان هذا الضَّمانُ باطلاً، وكان عليه ضمانُ التَّقاضي)) اهـ. فهذه الألفاظُ لا تكونُ كفالةً بنفسِ المالِ، بل بتقاضيه، وهذا إذا لم يذكُرْهُ مُعلَّقاً، ففي "جامع الفصولين"[5]: ((قال: دَينُكَ الذي على فُلانٍ أنا أدفعُهُ إليك، أنا أسلِّمُهُ، أنا أقبِضُهُ لا يكونُ كفيلاً ما لم يتكلَّمْ بلفظةٍ تدُلُّ على الالتزامِ))، ثُمَّ قال[4]: ((لو أتى بهذه الألفاظِ مُنجَّزاً لا يصيرُ كفيلاً، ولو مُعلَّقاً كقولِهِ: لو لم يؤدِّ فأنا أؤدي، فأنا أدفَعُ يصيرُ كفيلاً)) اهـ.

(قولُهُ: وهذا إذا لم يذكُرْهُ مُعلَّقاً إلخ) لا معنًى لهذا التَّقييدِ، فإنَّه فيما تقدَّمَ لا فرقَ بينَ تنجيزٍ وتعليقٍ لوُجودِ ما يدُلُّ على الالتزامِ، وأيضاً عبارةُ "الفصولين" فيها كفالةُ مالٍ، والأنسبُ أنْ يقولَ: ((هذا إذا كان فيها التزامٌ، بخلافِ ما إذا لم يوجَدْ فإنَّه يُفصَّلُ بينَ المُعلَّقِ وغيرِهِ))، ثُمَّ يستدِلَّ بعبارةِ "الفصولين"، تأمَّلْ.

---

(١) ((في)) ليست في "ب" و"م".

(٢) "الدر المنتقى": كتاب الكفالة ١٢٤/٢ (هامش "مجمع الأنهر").

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٦/٦ ـ ٢٣٧.

(٤) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ق٢٠٠/أ، معزياً إلى "نوادر ابن سماعة" عن محمد.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها إلخ ـ ألفاظ الكفالة ٥٤/٢.

فـ (تَصِحُّ به ....

مطلبٌ: كفالةُ المالِ قسمانِ كفالةٌ بنفسِ المالِ وكفالةٌ بتقاضيهِ

وقد عُلِمَ بما مرَّ[١] أنَّ كفالةَ المالِ قسمانِ: كفالةٌ بنفسِ المالِ وكفالة بتقاضيهِ، ومِن الثَّاني الكفالةُ بتسليمِ عينٍ كأمانةٍ ونحوِها كما يأتي[٢]، ومِنه أيضاً قولُهُ: ((ولو غصَبَ مِن مالِ رجلٍ إلخ))؛ لأنَّ دراهمَ الغَصْبِ تتعيَّنُ فيَجبُ رَدُّ عينِها لو قائمةً، بخلافِ ما إذا هلَكَتْ؛ لأنَّها تصيرُ دَيناً فلا تَصِحُّ الكفالةُ بدفعِها، بل يصيرُ كفيلاً بالتَّقاضي، وبه ظهَرَ الفرقُ بينَ المسألتَين.

[٢٥٤٨٠] (قولُهُ: فتَصِحُّ به) أطلَقَهُ فشَمِلَ ما إذا كان الأصيلُ مُطالباً به الآنَ أوْ لا، فتَصِحُّ عن العبدِ المحجُورِ بما يلزَمُهُ بعدَ العِتْقِ باستهلاكٍ أو قَرْضٍ، ويُطالَبُ الكفيلُ الآنَ كما لو فلَّسَ القاضي المديُونَ وله كفيلٌ فإنَّ المطالبةَ تتأخَّرُ عن الأصيلِ دونَ الكفيلِ كما في "التَّتارخانيَّة"[٣]، "نهر"[٤]. وشَمِلَ كفالةَ المالِ عن الأصيلِ وعن الكفيلِ بأنْ كفَلَ عن الكفيلِ كفيلٌ آخَرُ بما على الأصيلِ [٣/ق١٦٩/أ] كما قدَّمناهُ[٥] أوَّلَ البابِ عن "الكافي"، وقال في "البحر"[٦]: ((أطلَقَ صحَّتَها فشَمِلَ كلَّ مَن عليه المالُ حُرّاً كان أو عبداً، مأذوناً أو محجُوراً، صبيّاً أو بالغاً، رجلاً أو امرأةً، مُسلِماً كان أو ذِمِّيّاً، وكلَّ مَن له المالُ، لكنْ في "البزّازيَّة"[٧]: الكفالةُ للصَّبيِّ التّاجرِ صحيحةٌ؛ لأنَّه تبرُّعٌ عليه، وللصَّبيِّ العاقلِ غيرِ التّاجرِ روايتان)) اهـ. وذكَرَ "الحاكم الشَّهيد" أنَّ الجوازَ قولُ "أبي يوسفَ"، وفي "التَّتارخانيَّة"[٨]: ((إذا كفَلَ رجلٌ لصبيٍّ إنْ كان الصَّبيُّ تاجراً صحَّ بخطابِهِ وقَبُولِهِ، وإنْ كان محجُوراً فإنْ قَبِلَ عنه وليُّهُ أو أجنبيٌّ وأجازَ وليُّهُ جازَ، وإنْ لم يُخاطِبْ وليٌّ ولا أجنبيٌّ بل الصَّبيُّ فقط فعلى الخلافِ)) اهـ.

٢٦٢/٤

---

(١) في هذه المقولة.

(٢) المقولة [٢٥٥٥٢] قوله: ((ورجَّحَهُ "الكمالُ")).

(٣) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثالث في بيان من تصح الكفالة منه ومن لا تصح ٤/ق٢٠٠/ب.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/أ.

(٥) المقولة [٢٥٣٢٧] قوله: ((ومَن عرَّفَها بالضَّمِّ في الدَّينِ إلخ)).

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٥.

(٧) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ٦/٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨)"التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثالث في بيان من تصح الكفالة منه ومن لا تصح ٤/ق٢٠١/أ بتصرف.

ولو) المالُ (مجهُولاً إذا كان) ذلك المالُ (دَيناً صحيحاً)، إلاّ إذا كان الدَّينُ مُشتركاً

قلتُ: والظّاهرُ أنَّ مبنى الخلافِ على أنَّه: هل يُشترَطُ في الكفالةِ القَبُولُ في المجلسِ ولو مِن فُضُوليٍّ؟ وعندَ "أبي يوسفَ" لا يُشترَطُ، وسيأتي[١] اختلافُ التَّصحيحِ، وقد صرَّحوا بأنَّه يَصِحُّ ضمانُ الوليِّ مهرَ الصَّغيرةِ، وسيأتي[٢] تمامُ الكلامِ عليه.

[٢٥٤٨١] (قولُهُ: ولو المالُ مجهُولاً) لابتنائها على التَّوسُّعِ، وقد أجمعُوا على صحَّتِها بالدَّرَكِ[٣] مع أنَّه لا يُعلَمُ كم يُستحَقُّ مِن المبيعِ، "نهر "[٤]. ويأتي في "المتن"[٥] أربعةُ أمثلةٍ للمجهُولِ، وفي "الفتح"[٦]: ((وما نُوقِضَ به ـ مِن أنَّه لو قال: كَفَلْتُ لك بعضَ ما لَكَ على فُلانٍ فإنَّه لا يَصِحُّ ـ ممنوعٌ، بل يَصِحُّ عندَنا والخِيارُ للضّامنِ، ويلزَمُهُ أنْ يُبيِّنَ أيَّ مقدارٍ شاءَ)) اهـ. وفي "البحر"[٧] عن "البدائع"[٨]: ((لو كفَلَ بنفسِ رجلٍ أو بما عليه وهو ألفٌ جازَ وعليه أحدُهما أيُّهما شاءَ)) اهـ. ومثلُهُ في "الكافي".

[٢٥٤٨٢] (قولُهُ: إذا كان ذلك المالُ دَيناً صحيحاً) يأتي تفسيرُهُ[٩]، ودخَلَ فيه المسلَمُ فيه فتَصِحُّ الكفالةُ به كما عزاهُ "الحانوتيُّ" إلى "شرح التَّكملة"[١٠]، ويُشترَطُ أيضاً أنْ يكونَ الدَّينُ قائماً كما قدَّمَهُ[١١] أوَّلَ البابِ.

---

(١) صـ١١١ـ وما بعدها "در".

(٢) المقولة [٢٥٥٦٢] قوله: ((ولو فُضوليّاً)).

(٣) يأتي بيانه من ابن عابدين في المقولة [٢٥٥٠١] قوله: ((وهذا يُسَمَّى ضمانَ الدَّرَكِ))، والمقولة [٢٥٧٠٦] قوله: ((كفالتُهُ بالدَّرَكِ)).

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/أ.

(٥) صـ٨٢ ـ "در".

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٩٨/٦.

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٨) "البدائع": كتاب الكفالة ـ فصلٌ: وأما شرائط الكفالة ٩/٦.

(٩) صـ ٧٨ـ "در".

(١٠) "التكملة وشرحها": لحسام الدين المكيّ الرّازيّ (ت٥٩٨هـ)، وتقدمت ترجمتها ٢٢٠/٣.

(١١) صـ١٦ـ "در".

كما سيجيءُ؛ لأنَّ قِسْمةَ الدَّينِ قبلَ قَبْضِهِ لا يَجُوزُ[١]،"ظهيريَّة"[٢]، وإلاّ في مسألةِ النَّفقةِ المقرَّرةِ فَتَصِحُّ مع أنَّها تسقُطُ بموتٍ وطلاقٍ، "أشباه"[٣]. وكأنَّهم أخذُوا فيها بالاستحسانِ للحاجةِ لا بالقياسِ، ....

[٢٥٤٨٣] (قولُهُ: كما سيجيءُ) في قولِهِ[٤]: ((ولا لشريكٍ بدَينٍ مُشتركٍ))، فهذا دَينٌ صحيحٌ لا تَصِحُّ به الكفالةُ.

[٢٥٤٨٤] (قولُهُ: لأنَّ قسمةَ الدَّينِ قبلَ قَبْضِهِ لا يَجُوزُ) لأنَّه إمّا أنْ يَكفُلَ نصفاً مُقدَّراً فيكونُ قسمةَ الدَّينِ قبلَ قَبْضِهِ، أو نصفاً شائعاً فيصيرُ كفيلاً لنفسِهِ؛ لأنَّ له أنْ يأخُذَ مِن المقبُوضِ نصفَهُ كما في "النَّهر"[٥] عن "المحيط".

[٢٥٤٨٥] (قولُهُ: وإلاّ في مسألةِ النَّفقةِ المقرَّرةِ) ما قبلَ هذا الاستثناءِ وما بعدَهُ استثناءٌ مِن صريحِ قولِهِ: ((إذا كان دَيناً صحيحاً))، وهذا استثناءٌ مِن مفهُومِهِ، فإنَّه يُفهَمُ مِنه أنَّه إذا كان الدَّينُ غيرَ صحيحٍ لا تَصِحُّ الكفالةُ فقال[٦]: ((إلاّ في مسألةِ النَّفقةِ المقرَّرةِ فإنَّها تَصِحُّ الكفالةُ بها مع أنَّها دَينٌ غيرُ صحيحٍ؛ لسقُوطِها بموتٍ أو طلاقٍ))، وهذا إذا كانت غيرَ مُستدانةٍ بأمرِ القاضي، وإلاّ فهي دَينٌ صحيحٌ لا يسقُطُ إلاّ بالقضاءِ أو الإبراءِ. والمرادُ بالمقرَّرةِ ما قُرِّرَ مِنها بالتَّراضي أو بقضاءِ القاضي. وتَصِحُّ الكفالةُ أيضاً بالنَّفقةِ المستقبَلةِ كما يذكرُهُ "الشّارحُ" بعدَ أسطرٍ[٧] مع أنَّها لم تَصِرْ دَيناً أصلاً.

---

(١) في "د" و"و": ((لا تجوز)).

(٢) المراد منها "الفوائد الظهيرية" كما في "الفتح" ٦/٣٣٠ وما بعدها.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٦ـ بتصرف.

(٤) صـ١١٩ ـ "در".

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/أ.

(٦) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٦ـ بتصرف.

(٧) صـ٨٣ ـ "در".

وإلاّ في بـدَلِ السِّعايةِ عنـدَهُ، "بزّازيّـة"(١). وكأنّـه أُلحِـقَ ببـدَلِ الكتابـةِ وإلاّ فهـو لا يسقُطُ؛ لأنَّه لا يقبَلُ التَّعجيزَ، فيُلغَزُ: أيُّ دَينٍ صحيحٌ ولا تَصِحُّ الكفالةُ بـه؟ وأيُّ دَينٍ ضعيفٌ وتَصِحُّ به؟ (و) الدَّينُ الصَّحيحُ (هو ما لا يسقُطُ إلاّ بالأداءِ أو الإبراءِ)

وأمّا ما قدَّمَهُ(٢) أوَّلَ البابِ: ((مِن أنَّها لا تَصِحُّ بالنَّفقةِ قبلَ الحُكمِ)) فمحمُولٌ على الماضيةِ؛ لأنَّها تسقُطُ بالمضيِّ إلاّ إذا كانت مقرَّرةً بالتَّراضي أو بقضاءِ القاضي كما حرَّرناهُ هناك(٣).

[٢٥٤٨٦] (قولُهُ: وإلاّ في بدَلِ السِّعايةِ) أي: كما إذا أعتَقَ بعضَـهُ وسعَى في باقيـهِ، وفي "كافي الحاكم": ((والمستسعَى في بعضِ قيمتِهِ بعدَما عتَقَ بمنزلةِ المكاتَبِ في قولِ "أبي حنيفـةَ" لا تَجُوزُ كفالةُ أحدٍ عنه بالسِّعايةِ لمولاهُ ولا بنفسِهِ، وكذلك المعتَقُ عندَ الموتِ إذا لـم يَخـرُجْ مِن الثُّلثِ فتلزَمُهُ السِّعايةُ، وأمّا المعتَقُ على جُعْلٍ فهو بمنزلةِ الحُرِّ، والكفالةُ للمولى بالجُعْلِ عنه وغيرِهِ جائزةٌ)) اهـ.

[٢٥٤٨٧] (قولُهُ: فيُلغَزُ: أيُّ دَينٍ صحيحٌ إلخ) فيقالُ: هـو بـدَلُ السِّعايةِ، وكـذا الدَّيـنُ المشتركُ كمـا عَلِمتَـهُ. قـال في "النَّهـر"(٤): ((فـإنْ قلـتَ: [٣/ق١٦٩/ب] دَيـنُ الزَّكـاةِ كذلـك ولا تَصِحُّ الكفالةُ به قلتُ: إنَّما لم تَصِحَّ لأنَّه ليس دَيناً حقيقةً مِن كلِّ وجهٍ)) اهـ.

قلتُ: وفي قولِهِ كذلك نظرٌ؛ لأنَّ الدَّينَ الصَّحيحَ مـا لا يسقُطُ إلاّ بـالأداءِ أو الإبـراءِ، ودَينُ الزَّكاةِ يسقُطُ بالموتِ وبهلاكِ المالِ، فلا يَرِدُ السُّؤالُ مِن أصلِهِ.

[٢٥٤٨٨] (قولُهُ: وأيُّ دَينٍ ضعيفٌ) هو دَينُ النَّفقةِ.

(قولُهُ: كما إذا أعتَقَ بعضَهُ وسعَى في باقيهِ إلخ) في "السِّنديِّ" نقلاً عن "الرَّحمَتيِّ": ((لا نُسـلِّمُ أنَّ بدَلَ السِّعايةِ لا يسقُطُ إلاّ بالقضاءِ أو الرِّضا، بل يسقُطُ أيضاً بموتِ المُستَسعَى، فهو دَينٌ ضعيفٌ. انتهى، وهو عجيبٌ، فتنبَّهْ)) اهـ.

---

(١) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ نوع في ألفاظه ٦/١٢ بتصرف (هامش"الفتاوى الهندية").

(٢) صـ١٦ـ "در".

(٣) المقولة [٢٥٣٣٩] قوله: ((ونفقةِ زوجةٍ إلخ)).

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/أ.

ولو حُكماً بفعلٍ يلزَمُهُ سقوطُ الدَّينِ، فيسقُطُ دَيـنُ المهـرِ بِمُطاوَعَتِهـا لابـنِ الـزَّوجِ للإبراءِ الحُكميِّ، "ابنُ كمالٍ". ....

[٢٥٤٨٩] (قولُهُ: ولو حُكماً) أي: ولو كان الإبراءُ حُكماً، "ط"(١).

[٢٥٤٩٠] (قولُهُ: بفعلٍ) الباءُ للسَّببيَّةِ، "ط"(١).

[٢٥٤٩١] (قولُهُ: فيسقُطُ دَينُ المهرِ) الأَولى: فدخَلَ دَينُ المهرِ السّاقطِ بمطاوعتِها، "ط"(١).

[٢٥٤٩٢] (قولُهُ: للإبراءِ الحُكميِّ) لأنَّ تعمُّدَها ذلك قبلَ الدُّخولِ مُسقِطٌ لمهرِها فكأنَّها أَبرأَتْهُ مِنه، لكنْ بقيَ أنَّ المهرَ يسقُطُ نصفُهُ(٢) بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخـولِ مـع أنَّـه لـم يوجَـدْ مِـن الزَّوجِ إبراءٌ أصلاً لا حقيقةً ولا حُكماً؛ إذ لا يُتصوَّرُ كونُ الطَّـلاقِ قبـلَ الدُّخـولِ إبـراءً مِـن نصفِ المهرِ؛ لأنَّه بطلاقِهِ سقَطَ عنه لا عنها. وقد يجابُ بأنَّ المهرَ وجَـبَ بنفـسِ العقـدِ لكـنْ مع احتمالِ سقوطِهِ بردَّتِها أو تقبيلِها ابنَهُ، أو تَنَصُّفِهِ بطلاقِها قبلَ الدُّخولِ ويتأكَّدُ لزومُ تمامِهِ بالوَطءِ ونحوِهِ، حتّى إنَّه بعدَ تأكُّدِهِ بـالدُّخولِ لا يسـقُطُ وإنْ كـانتِ الفُرقـةُ مِـن قِبَـلِ المـرأةِ كالثَّمنِ إذا تأكَّدَ بقَبْضِ المبيعِ كما قدَّمنـاهُ(٣) في بـابِ المهـرِ، وقـد صرَّحـوا هنـاك(٤) بصحَّـةِ كفالةِ وليِّ الصَّغيرةِ بالمهرِ، وكذا كفالةُ وكيلِ الكبـيرةِ، ولـم يقيِّـدوهُ بكونـهِ بعـدَ الدُّخـولِ، ووجهُ ذلك ـ واللهُ تعالى أعلمُ ـ أنَّ احتمالَ سقوطِهِ أو سقوطِ نصفِهِ لا يضُرُّ؛ لأنَّه بعـدَ السُّـقوطِ تظهَرُ براءةُ الكفيلِ كما لا يضُرُّ احتمالُ سقوطِ ثَمَنِ المبيعِ باستحقاقِ المبيعِ أو بردِّهِ بخيارِ عيبٍ،

(قولُهُ: وقد يجابُ بأنَّ المهرَ وجَبَ بنفسِ العقدِ إلخ) في هذا الجوابِ تأمُّلٌ، وذلك أنَّ الدَّينَ الضَّعيـفَ كبدَلِ الكتابةِ والسِّعايةِ والدِّيَةِ على العاقلـةِ يقـالُ فيـه: إنَّـه وجَـبَ بسـببِهِ مـع احتمـالِ سـقوطِهِ بـالموتِ أو التَّعجيزِ، فيقتضي هذا أنَّ احتمالَ سقوطِهِ بما ذُكِرَ لا يُصيِّرُهُ ضعيفاً مع أنَّه ليس كذلك، فما قالَهُ هنا لم يَزِدِ التَّعريفَ إلاّ إشكالاً، وما يأتي له ليس حاسماً له.

---

(١) "ط": كتاب الكفالة ١٥١/٣.

(٢) في "م": ((يسقط منه نصفه)).

(٣) المقولة [١١٨٩١] قوله: ((ويتأكَّدُ)).

(٤) المقولة [١٢١٧٠] قوله: ((وصحَّ ضمانُ الوليِّ مهرَها)).

(فلا تَصِحُّ ببدَلِ الكتابةِ) لأنَّه يسقُطُ[1] بدونِهما بالتَّعجيزِ،..............

أو شرطٍ، أو رؤيةٍ، فإنَّ الكفيلَ به يبرأُ مِن الكفالةِ مع أنَّ الثَّمَنَ عندَ العقدِ كان دَيناً صحيحاً يصدُقُ عليه أنَّه لا يسقُطُ إلاّ بالأداءِ أو الإبراءِ، أي: لا يسقُطُ إلاّ بذلك ما لم يَعرِضْ له مُسقِطٌ ناسخٌ لِحُكمِ العقدِ وهو لزومُ الثَّمَنِ؛ لأنَّه بأحدِ هذه الأشياء ظهَرَ أنَّ العقدَ غيرُ مُلزمٍ للثَّمَنِ في حَقِّ العاقدَينِ، فكذا عقدُ النِّكاحِ يلزَمُ به تمامُ المهرِ بحيثُ لا يسقُطُ إلاّ بالأداءِ أو الإبراءِ ما لم يَعرِضْ له مُسقِطٌ لكلِّهِ أو نصفِهِ؛ لأنَّه انعقَدَ مِن أصلِهِ محتمِلاً لسقوطِهِ بذلك المُسقِطِ، فإذا عرَضَ ذلك المُسقِطُ تبيَّنَ أنَّه لم يَجِبْ مِن أصلِهِ، بخلافِ سقوطِهِ بالأداءِ أو الإبراءِ فإنَّه مُقتصِرٌ على الحالِ. وبهذا التَّقريرِ ظهَرَ أنَّه لا حاجةَ إلى ما نقلَهُ عن "ابنِ كمالٍ"، فاغتنمْ ذلك، وللهِ الحمدُ.

٤/٢٦٣

[٢٥٤٩٣] (قولُهُ: فلا تَصِحُّ ببدَلِ الكتابةِ) وكذا لا تَصِحُّ الكفالةُ بالدِّيَةِ كما في "الخلاصة"[2] و"البزّازيَّة"[3]. وفي "الظَّهيريَّة"[4]: ((واعلَمْ أنَّ الكفالةَ ببدَلِ الكتابةِ والدِّيَةِ لا تَصِحُّ)) اهـ. ونقلَها في "التَّتارخانيَّة"[5] عن "الظَّهيريَّة" ولم ينقُلْ فيه خلافاً، ونقلَها صاحبُ النُّقول[6] عن صاحب[7] "الخلاصة"[8]، "رمليّ"[9]. ولعلَّ وجهَهُ أنَّ الدِّيَةَ ليست دَيناً حقيقةً على العاقلةِ؛ لأنَّها إنَّما تَجِبُ أوَّلاً على القاتلِ ثمَّ على العاقلةِ بطريقِ التَّحمُّلِ والمعاونةِ. والظّاهرُ أنَّها لو وجَبَتْ في مالِ القاتلِ كما

(قولُهُ: والظّاهرُ أنَّها لو وجَبَتْ في مالِ القاتلِ إلخ) يُنظَرُ ما كتبناهُ على هذه المسألةِ في بابِ الرُّجوعِ في الهبةِ؛ فإنَّه مُفيدٌ.

---

(١) في "ط": ((لا يسقط))، وهو خطأ.

(٢) "الخلاصة": كتاب الدعوى ـ الفصل الثامن في دعوى الكفالة ق٢٢٦/ب.

(٣) "البزازية": كتاب الدعوى ـ الفصل الثامن في دعوى الكفالة ٥/٣٥٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الظهيرية": كتاب الكفالة والحوالة ـ الفصل الثاني في الكفالة بالشرط إلخ ق٣٧٣/ب.

(٥) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الخامس في الكفالة بالمال ٤/ق٢٠٤/ب.

(٦) لم نهتد إليه، وذكره الرمليّ في "حاشيته على الفصولين" ١/٩٢، ٢/٩٢.

(٧) ((صاحب)) ليست في "ك" و"آ" و"ب" و"م".

(٨) "الخلاصة": كتاب الدعوى ـ الفصل الثامن في دعوى الكفالة ق٢٢٦/ب.

(٩) لم تعثر عليها في "حاشيته على جامع الفصولين" ولا في "الفتاوى الخيرية"، ولعلها في "حاشيته على البحر".

ولو كفَلَ وأدَّى رجَعَ بما أدَّى، "بحر"[١]. يعني: لو كفَلَ بأمرِهِ، وسيجيءُ قيدٌ آخرُ،

لو كانت باعترافِهِ تَصِحُّ الكفالةُ بها، فتأمَّلْ. وفي "كافي الحاكم": ((قال: إنْ قتلَكَ فُلانٌ خطأً فأنا ضامنٌ لدِيَتِكَ، فقتَلَهُ فُلانٌ خطأً فهو ضامنٌ لدِيَتِهِ)).

[٢٥٤٩٤] (قولُهُ: بالتَّعجيزِ) بدَلٌ مِن قولِهِ: ((بدونِهِما)). وحاصلُهُ: أنَّ عقدَ الكتابةِ عقدٌ غيرُ لازمٍ مِن جانبِ العبدِ، فله أنْ يستقِلَّ بإسقاطِ هذا الدَّينِ بأنْ يُعَجِّزَ نفسَهُ متى أرادَ فلم يكنْ دَيناً صحيحاً؛ لأنَّ العقدَ مِن أصلِهِ لم ينعقِدْ مُلزِماً لبدَلِ الكتابةِ؛ لأنَّه دَينٌ للسَّيِّدِ على عبدِهِ ولا يستحِقُّ السَّيِّدُ على عبدِهِ دَيناً، ولذا ليس له حبسُهُ به، فظهَرَ الفرقُ بينَهُ وبينَ المهرِ والثَّمَنِ، فتدبَّرْ.

[٢٥٤٩٥] (قوله: ولو كَفَل) أي: ضَمِنَ بدلَ الكتابةِ.

[٢٥٤٩٦] (قولُهُ: يعني إلخ) هذا ذكَرَهُ صاحبُ "النَّهر"[٢].

[٢٥٤٩٧] (قولُهُ: وسيجيءُ) أي: عندَ قولِهِ[٣]: ((وبالعُهدةِ وبالخلاصِ)).

[٢٥٤٩٨] (قولُهُ: قيدٌ آخَرُ) هو إذا حَسِبَ أنَّه مُجبَرٌ على ذلك لضمانِهِ السَّابقِ. [٣/ق١٧٠/أ]

قلتُ: ويظهَرُ مِن هذا أنَّه يرجِعُ على المولى؛ لأنَّه دفَعَ له مالاً على ظنِّ لزومِهِ له، ثمَّ تبيَّنَ عَدَمُهُ، وحينئذٍ فلا فائدةَ للقيدِ الأوَّلِ إلاّ إذا كان المرادُ الرُّجوعَ على المكاتَبِ، تأمَّلْ. ثمَّ رأيتُ بعضَ المحشِّينَ ذكَرَ نحوَ ما قلتُهُ.

(قولُهُ: فظهَرَ الفرقُ بينَهُ وبينَ المهرِ والثَّمَنِ) لكنْ لم يظهَرْ مِنه الفرقُ بينَ المهرِ وبينَ باقي الدُّيونِ الضَّعيفةِ، كالدِّيَةِ على العاقلةِ.

(قولُهُ: ويظهَرُ مِن هذا أنَّه يرجِعُ على المولى إلخ) ليس في ذِكرِ القيدِ الثَّاني ما يدُلُّ على أنَّ الرُّجوعَ على المولى، ويظهَرُ أنَّه إذا أرادَ الرُّجوعَ على المكاتَبِ لا بدَّ مِن تحقُّقِ القيدَينِ، وإذا أرادَ الرُّجوعَ على المولى يُشترَطُ القيدُ الثَّاني فقط.

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٣ بتصرف.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/أ.

(٣) صـ١٢٠ـ "در".

(بـ: كَفَلْتُ) مُتعلِّقٌ بـ: تَصِحُّ (عنه بألفٍ) مثالُ المعلُومِ، (و) مَثَّلَ المجهُولَ بأربعةِ أمثلةٍ (بـ: ما لَكَ عليه، وبـ:ما يُدرِكُكَ في هذا البَيعِ) وهذا يُسمَّى ضمانَ الدَّرَكِ ....

[٢٥٤٩٩] (قولُهُ: بـ: كَفَلتُ إلخ) أشارَ إلى أنَّ الكفالةَ بالمالِ لا تكونُ به ما لم يدُلَّ عليه دليلٌ وإلاّ كانت كفالةَ نفسٍ، وإلى أنَّ سائرَ ألفاظِ الكفالةِ المارَّةِ في كفالةِ النَّفسِ تكونُ كفالةَ مالٍ أيضاً كما حرَّرناهُ هناك[١]، وإلى ما في "جامع الفصولين"[٢]: ((مِن أنَّه لو قال: دَينُكَ الذي على فُلانٍ أنا أدفعُهُ إليك، أنا أسلِّمُهُ، أنا أقبضُهُ لا يصيرُ كفيلاً ما لم يَتكلَّمْ بلفظةٍ تدُلُّ على الالتزامِ كقولِهِ: كَفَلتُ، ضَمِنتُ، عليَّ، إليَّ))، وقدَّمنا[٣] عنه قريباً في: أنا أدفعُهُ إلخ: ((لو أتى بهذه الألفاظِ مُنجِّزاً لا يصيرُ كفيلاً، ولو مُعلِّقاً كقولِهِ: لو لم يؤدِّ فأنا أؤدي، فأنا أدفَعُ يصيرُ كفيلاً)).

[٢٥٥٠٠] (قولُهُ: بـ: ما لَكَ عليه) قال في "البحر"[٤]: ((وسيأتي أنَّه لا بدَّ مِن البرهانِ أنَّ له عليه كذا أو إقرارِ الكفيلِ، وإلاّ فالقولُ له معَ يمينِهِ)) اهـ. وقدَّمنا[٥] عن "الفتح" صحَّةَ الكفالةِ بـ: كَفَلتُ بعضَ ما لَكَ عليه، ويُجبَرُ الكفيلُ على البيانِ.

[مطلب في ضمان الدَّرَك]

[٢٥٥٠١] (قولُهُ: وهذا يُسمَّى ضمانَ الدَّرَكِ) بفتحتينِ وبسكونِ الرّاءِ، وهو الرُّجوعُ بالثَّمَنِ عندَ استحقاقِ المبيعِ، وتمامُهُ في "البحر"[٦].

(قولُهُ: وإلاّ كانت كفالةَ نفسٍ) هذا مُسلَّمٌ إذا دَلَّ الكلامُ عليها، وإلاّ لا تنعقِدُ أصلاً كما قدَّمَهُ.

---

(١) المقولة [٢٥٣٦٥] قوله: ((وتنعقِدُ بـ: ضَمِنتُهُ إلخ)).

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها إلخ ـ ألفاظ الكفالة ٢/٥٤.

(٣) المقولة [٢٥٤٧٩] قوله: ((وأمّا كفالةُ المالِ إلخ)).

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٧.

(٥) المقولة [٢٥٤٨١] قوله: ((ولو المالُ مجهُولاً)).

(٦) انظر "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٧.

(وبـ: ما بايعتَ فُلاناً فعليَّ)، وكذا قولُ الرَّجلِ لامـرأةِ الغيرِ: كَفَلتُ لكِ بالنَّفقةِ أبداً ما دامت الزَّوجيَّةُ، "خانيَّة"، فليُحفظْ. (و: ما غصَبَكَ فُلانٌ فعليَّ) ((ما)) هنا شرطيَّةٌ، أي: إنْ بايعتَهُ فعليَّ، لا: ما اشتريتَهُ؛ ....

وشرطُهُ ثُبوتُ الثَّمَنِ على البائعِ بالقضاءِ كما سيذكرُهُ "المصنِّف" آخرَ البابِ[1]، ويأتي بيانُهُ[2].

[٢٥٥٠٢] (قولُهُ: وبـ:ما بايعتَ فُلاناً فعليَّ) معطُوفٌ على قولِهِ: ((بـ: كَفَلتُ)) فهو مُتعلِّقٌ أيضاً بـ: ((تَصِحُّ))، لا على قولِهِ: ((بألفٍ))؛ إذ لا يناسبُهُ جَعْلُ ((ما)) شرطيَّةً جوابُها قولُهُ: ((فعليَّ)).

[٢٥٥٠٣] (قولُهُ: وكذا قولُ الرَّجلِ إلخ) في "الخانيَّة"[3]: ((قال لغيرِهِ: ادفَعْ إلى فُلان كلَّ يومٍ درهماً على أنَّ ذلك عليَّ، فدفَعَ حتَّى اجتمَعَ عليه مالٌ كثيرٌ، فقال الآمرُ: لم أُرِدْ جميعَ ذلك كان عليه الجميعُ، بمنزلةِ قولِهِ: ما بايعتَ فُلاناً فهو عليَّ يلزَمُهُ جميعُ ما بايعَهُ، وهو كقولِهِ لامرأةِ الغيرِ: كَفَلتُ لكِ بالنَّفقةِ أبداً يلزَمُهُ[4] النَّفقةُ أبداً ما دامت في نكاحِهِ. ولو قال لها: ما دمتِ في نكاحِهِ فنفقتُكِ عليَّ فإنْ ماتَ أحدُهما أو زالَ النِّكاحُ لا تبقَى النَّفقةُ)) اهـ. وقدَّمنا[5] في بابِ النَّفقاتِ لزومَ الكفيلِ نفقةُ العِدَّةِ أيضاً.

[٢٥٥٠٤] (قولُهُ: و: ما غصَبَكَ فُلانٌ) وكذا ما أتلَفَ لكَ المُودَعُ فعليَّ، وكذا كلُّ الأماناتِ، "جامع الفصولين"[6].

[٢٥٥٠٥] (قولُهُ: ما هنا شرطيَّةٌ) أي: في قولِهِ: ((ما بايعتَ)) و((ما غصَبَكَ)).

[٢٥٥٠٦] (قولُهُ: أي: إنْ بايعتَهُ فعليَّ، لا: ما اشتريتَهُ) أرادَ بيانَ أمرينِ: كونِ ((ما)) لمجرَّدِ الشَّرطِ مثلُ ((إنْ))، وكونِ المكفُولِ به الثَّمَنَ لا المبيعَ بقرينةِ التَّعليلِ، وعبارةُ "الدُّرر"[7] أظهَرُ

---

(١) صـ١٧٥ـ "در".

(٢) المقولة [٢٥٧٠٦] قوله: ((كفالتُهُ بالدَّرَكِ))، والمقولة [٢٥٧٢٣] قوله: ((إذا استُحِقَّ المبيعُ قبلَ القضاءِ على البائعِ)).

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٣/٧٠ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) في "آ": ((تلزمه)).

(٥) المقولة [١٥٩٥٦] قوله: ((ولو كَفَلَ لها كُلَّ شَهْرٍ كذا إلخ)).

(٦) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات وأحكامها إلخ ٢/٥٤ بتصرف.

(٧) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٨.

لِما سيجيءُ أنَّ الكفالةَ بالمبيعِ لا تَجُوزُ، وشُرِطَ في الكلِّ القَبُولُ، أي: ولو دِلالةً بأنْ بايعَهُ أو غصَبَ مِنه للحالِ، "نهر". ....

في المقصُودِ؛ حيث قال: ((أي: ما بايعتَ مِنه فإنّي ضامنٌ لثَمَنِهِ، لا ما اشتريتَهُ فإنّي ضامنٌ للمبيعِ؛ لأنَّ الكفالةَ بالمبيعِ لا تَجُوزُ كما سيأتي))، ثمَّ قال(١): ((و((ما)) في هذه الصُّورِ شرطيَّةٌ، معناهُ: إنْ بايعتَ فُلاناً، فيكونُ في معنى التَّعليقِ))اهـ. وما كتَبَهُ "ح"(٢) هنا لا يخفَى ما فيه على مَن تأمَّلَهُ، فافهمْ.

(تنبيهٌ)

قَيَّدَ بضمانِ الثَّمَنِ لِما في "البحر"(٣) عن "البزّازيَّة"(٤): ((لو قال: بايعْ فُلاناً على أنَّ ما أصابَكَ مِن خُسرانٍ فعليَّ لم يَصِحَّ)) اهـ. قال "الخيرُ الرَّمليُّ": ((وهو صريحٌ بأنَّ مَن قال: استأجِرْ طاحونةَ فُلانٍ وما أصابَكَ مِن خُسرانٍ فعليَّ لم يَصِحَّ، وهي واقعةُ الفتوى)) اهـ.

[٢٥٥٠٧] (قولُهُ: لِما سيجيءُ) أي: في قولِهِ(٥): ((ولا بمبيعٍ قبلَ قَبْضِهِ))، وهذا في البيعِ الصَّحيحِ، وسيأتي(٦) تمامُهُ.

[٢٥٥٠٨] (قولُهُ: بأنْ بايعَهُ إلخ) تصويرٌ للقَبُولِ دِلالةً، وعبارةُ "النَّهرِ"(٧) هكذا: ((وفي الكلِّ يُشترَطُ القَبُولُ، إلاّ أنَّه في "البزّازيَّة"(٨) قال: طلَبَ مِن غيرِهِ قَرْضاً فلم يُقرِضْهُ، فقال رجلٌ: أَقرِضْهُ، فما أَقرَضْتَهُ فأنا ضامنٌ، فأَقرضَهُ في الحالِ مِن غيرِ أنْ يقبَلَ ضمانَهُ صريحاً يَصِحُّ ويكفي هذا القَدْرُ اهـ. وينبغي أنْ يكونَ: ما بايعتَ فُلاناً أو: ما غصَبَكَ فعليَّ كذلكَ إذا بايعَهُ أو غصَبَ مِنه للحالِ)) اهـ ما في "النَّهر". ٤/٢٦٤

قلتُ: ما ذكَرَهُ [٣/ق١٧٠/ب] في المبايعةِ صحيحٌ، بخلافِ الغَصْبِ، فإنَّ الطّالبَ مغصُوبٌ مِنه،

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٨.
(٢) انظر "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٤/أ ـ ب.
(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٨.
(٤) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثاني في المعلقة ٦/١٥ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").
(٥) صـ١٠٦ـ "در".
(٦) المقولة [٢٥٥٤٩] قوله: ((ولا بمبيعٍ قَبْلَ قَبْضِهِ)).
(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٧/أ.
(٨) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ نوع في ألفاظه ٦/١١ ـ ١٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

ولو باعَ ثانياً لم يلزَمِ الكفيلَ إلاّ في ((كلَّما))، وقيل: يلزَمُ إلاّ في ((إذا))، ....

فكيف يُتصوَّرُ كونُ الغَصْبِ قَبُولاً مِنه للكفالةِ؟! لأنَّ الغَصْبَ فعلُ غيرِهِ، أمّا المبايعةُ فهي فعلُهُ، فإقدامُهُ عليها في الحالِ يَصِحُّ كونُهُ قَبُولاً مِنه، فافهمْ.

[٢٥٥٠٩] (قولُهُ: إلاّ في كلَّما) هذا ما مَشَى عليه "العينيُّ"[١] و"ابنُ الهمام"، قال في "الفتح"[٢]: ((لأنَّ المعنى: إنْ بايعتَهُ فعليَّ دَرَكُ ذلك البيعِ، و: إنْ ذابَ لك عليه شيءٌ فعليَّ، وكذا: ما غصَبَكَ فعليَّ، وإذا صحَّت فعليه ما يَجبُ بالمبايعةِ الأُولى، فلو بايعَهُ مرَّةً بعدَ مرَّةٍ لا يلزَمُهُ ثَمَنٌ في المبايعةِ الثّانيةِ، ذكَرَهُ في "المجرَّدِ" عن "أبي حنيفةَ" نصّاً. وفي "نوادر" "أبي يوسفَ" بروايةِ "ابنِ سَمَاعة": يلزَمُهُ كلُّهُ)) اهـ.

[٢٥٥١٠] (قولُهُ: وقيل: يلزَمُ) أي: في ((ما)) مثلُ ((كلَّما))، وكذا ((الذي)).

[٢٥٥١١] (قولُهُ: إلاّ في إذا) أي: ونحوِها مِمّا لا يُفيدُ التَّكرارَ مثلُ ((متى)) و((إن))، قال في "النَّهر"[٣]: ((وفي "المبسوط"[٤]: لو قال: متى، أو: إذا، أو: إنْ بايعتَ لزِمَهُ الأوَّلُ فقط بخلافِ ((كلَّما)) و((ما)) اهـ. وزادَ في "المحيط": ((الذي)))) اهـ. ومُقتضَى ما مرَّ[٥] عن "الفتح" أنَّ ما في "المبسوط" روايةٌ عن "أبي يوسفَ"، وأنَّ الأوَّلَ قولُ "الإمامِ"، ونقَلَ "ط"[٦] التَّصريحَ بذلك عن "حاشية سريِّ الدِّين"[٧] على "الزَّيلعيِّ" عن "المحيط" وغيرِهِ، لكنْ ما في "المبسوط" هو الذي في "كافي الحاكم" ولم يذكُرْ فيه خلافاً فكان هو المذهبَ.

(قولُهُ: ذكَرَهُ في "المجرَّدِ" عن "أبي حنيفةَ" نصّاً) على ما في "المجرَّدِ" تكونُ لمجرَّدِ الشَّرطِ غيرَ مُتضمِّنةٍ للموصوليَّةِ، وعلى ما في "النَّوادر" تكونُ مُتضمِّنةً لها.

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٢/٧١.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/ب.

(٤) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب ضمان مايبايع به الرجل ٢٠/٥١ بتصرف.

(٥) المقولة [٢٥٥٠٩] قوله: ((إلاّ في كلَّما)).

(٦) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٥٢.

(٧) لعلّ المراد سريّ الدين بن الشِّحنة (ت٩٢١هـ) في كتابه "الإشارة والرمز إلى تحقيق الوقاية وفتح الكنز". ("كشف الظنون" ١/٩٧، "هدية العارفين" ١/٤٩٨ وفيه: "شرح الكنز" بدل "فتح الكنز").

وعليه "القُهستانيُّ"[(١)] و"الشُّرنبُلاليُّ"[(٢)]، فليُحفظْ، ولو رجَعَ عنه الكفيلُ قبلَ المبايعةِ صحَّ بخلافِ الكفالةِ بالذَّوْبِ، ....

والحاصلُ: الاتِّفاقُ على إفادةِ التَّكرارِ في ((كلَّما))، وعلى عَدَمِها في ((إذا)) و((متى)) و((إن))، والخلافُ في ((ما)).

[٢٥٥١٢] (قولُهُ: وعليه "القُهستانيُّ" و"الشُّرنبُلاليُّ") ومَشَى عليه أيضاً في "جامع الفصولين"[(٣)].

[٢٥٥١٣] (قولُهُ: ولو رجَعَ عنه الكفيلُ إلخ) في "البزّازيَّة"[(٤)] تَبَعاً لـ"المبسوط"[(٥)]: ((لو رجَعَ عن هذا الضَّمانِ قبلَ أنْ يُبايعَهُ ونهاهُ عن مبايعتِهِ لم يلزَمْهُ بعدَ ذلك شيءٌ))، ولم يَشترطِ "الولوالجيُّ"[(٦)] نهيَهُ عندَ الرُّجوعِ حيث قال: ((لو قال: رجَعتُ عن الكفالةِ قبلَ المبايعةِ لم يلزَمِ الكفيلَ شيءٌ، وفي الكفالةِ بالذَّوْبِ لا يَصِحُّ، والفرقُ أنَّ الأُولى مبنيَّةٌ على الأمرِ دِلالةً وهذا الأمرُ غيرُ لازمٍ، وفي الثَّانيةِ مبنيَّةٌ على ما هو لازمٌ)) اهـ. وهو ظاهرٌ، "نهر"[(٧)]، أي: لأنَّ قولَهُ كَفَلتُ لك بما[(٨)] ذابَ لك على فُلانٍ ـ أي: بما ثبَتَ لك عليه بالقضاءِ ـ كفالةٌ بمُحقَّقٍ لازمٍ، بخلافِ: بـ: ما بايعتَهُ، فإنَّه لم يتحقَّقْ بعدُ، بيانُهُ ما في "البحر"[(٩)] عن "المبسوط"[(١٠)]: ((لأنَّ لزومَ

(قولُهُ: والفرقُ أنَّ الأُولى مبنيَّةٌ على الأمرِ دِلالةً إلخ) ما ذَكَرَهُ مِن هذا الفرقِ صحيحٌ؛ لأنَّ الأمرَ الذي انبَنَتْ عليه الكفالةُ الأُولى غيرُ لازمٍ بمعنى أنَّه يَصِحُّ الرُّجوعُ عنه، والذَّوْبُ الذي انبَنَتْ عليه الكفالةُ الثّانيةُ لازمٌ لا يقبَلُ الرُّجوعَ، بخلافِ ما ذَكَرَهُ بعدَهُ فإنَّه غيرُ صحيحٍ، فإنَّ كلاً مِن الذَّوْبِ والمبايعةِ لم يتحقَّقْ بعدُ فلم يَجِبْ شيءٌ عَقِبَ الكفالةِ، بل الوُجوبُ موقوفٌ على المبايعةِ أو الذَّوْبِ في المستقبَلِ، وكلاهما غيرُ موجُودٍ الآنَ.

---

(١) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ١١٣/٢، وفيه: ((كله)) بدل ((كلما))، وهو خطأ.

(٢) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٢٩٨/٢ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها إلخ ٥٣/٢.

(٤) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثاني في المعلقة ١٧/٦ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب ضمان ما يبايع به الرجل ٥١/٢٠.

(٦) "الولوالجية": كتاب الكفالة والحوالة ـ الفصل الأول في الألفاظ التي تنعقد بها الكفالة إلخ ٣٩٤/٤ بتصرف.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/ب.

(٨) في "م": ((مما)).

(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٨/٦.

(١٠) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب ضمان ما يبايع به الرجل ٥١/٢٠.

وبخلافِ: ما غصَبَكَ النّاسُ، أو: مَن غصَبَكَ مِن النّاسِ، أو: بايعَكَ، أو: قتلَكَ، أو: مَن غصَبَهُ، أو: قتَلَهُ فأنا كفيلُهُ فإنه باطلٌ، كقولِهِ: ما غصَبَكَ أهلُ هذه الدّارِ ....

الكفالةِ بعدَ وُجودِ المبايعةِ وتوجُّهِ المطالبةِ على الكفيلِ، فأمّا قبلَ ذلك هو غيرُ مطلُوبٍ بشيءٍ ولا مُلتزمٍ في ذمَّتِهِ شيئاً فيَصِحُّ رُجوعُهُ. يوضِّحُهُ أنَّ بعدَ المبايعةِ إنَّما أَوجَبنا المالَ على الكفيلِ دَفْعاً للغُرورِ عن الطّالبِ؛ لأنَّه يقولُ: إنَّما اعتمدتُ[(١)] في المبايعةِ معه كفالةَ هذا الرَّجلِ، وقد اندفَعَ هذا الغُرورُ حينَ نهاهُ عن المبايعةِ)) اهـ.

[٢٥٥١٤] (قولُهُ: وبخلافِ: ما غصَبَكَ النّاسُ إلخ) مُرتبطٌ بالمتنِ، قال في "الفتح"[(٢)]: ((قيَّدَ بقولِهِ: فُلاناً ليصيرَ المكفُولُ عنه معلُوماً، فإنَّ جهالتَهُ تَمنَعُ صحَّةَ الكفالةِ)) اهـ. وقد ذكَرَ "الشّارحُ"[(٣)] ستَّ[(٤)] مسائلَ، ففي الأُولى جهالةُ المكفُولِ عنه، وفي الثّانيةِ والثّالثةِ والرّابعةِ جهالةُ المكفُولِ بنفسِهِ، وفي الخامسةِ والسّادسةِ جهالةُ المكفُولِ له، وهذا داخلٌ تحتَ قولِهِ الآتي[(٥)]: ((ولا تَصِحُّ بجهالةِ المكفُولِ عنه إلخ)).

[٢٥٥١٥] (قولُهُ: كقولِهِ: ما غصَبَكَ أهلُ هذه الدّارِ إلخ) أي: لأنَّ فيه جهالةَ المكفُولِ عنه، بخلافِ ما لو قال لجماعةٍ حاضرينَ: ما بايعتمُوهُ فعليَّ فإنَّه يَصِحُّ، فأيُّهم بايعَهُ فعلى الكفيلِ، والفرقُ أنَّه في الأُولى ليسُوا مُعيَّنينَ معلُومينَ عندَ المخاطبِ[(٦)]، وفي الثّانيةِ مُعيَّنونَ.

والحاصلُ: أنَّ جهالةَ المكفُولِ له تَمنَعُ صحَّةَ الكفالةِ، وفي التَّخييرِ لا تَمنَعُ، نحوُ: كَفَلتُ مالَكَ على فُلانٍ أو فُلانٍ، كذا في "الفتح"[(٧)]، "نهر"[(٨)]. وذكَرَ في "الفتح"[(٩)]: ((أنَّه يَجِبُ كونُ أهلِ الدّارِ ليسُوا مُعيَّنينَ معلُومينَ عندَ المخاطبِ، وإلاّ فلا فرقَ)).

---

(١) عبارة "المبسوط": ((عقدت)).

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠.

(٣) صـ١٠١ـ "در".

(٤) في "الأصل" و"ك" و"آ" و"ب": ((ستة))، وهو خطأ.

(٥) صـ١٠١ـ "در".

(٦) عبارة "الفتح": ((المتخاطبين))، وعبارة "النهر": ((المخاطبين)).

(٧) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠ بتصرف.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٧/أ.

(٩) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠.

فأنا ضامنُهُ فإنَّه باطلٌ حتّى يُسمِّيَ إنساناً بعينِهِ، (أو عُلِّقتْ بشـرطٍ صريحٍ مُلائـمٍ)، أي: مُوافقٍ للكفالةِ بأحدِ أمورٍ ثلاثةٍ: بكونِـهِ شـرطاً لـلزومِ الحَـقِّ (نحـوُ) قولِـهِ: (إنِ استُحِقَّ المبيعُ) ....

[٢٥٥١٦] (قولُهُ: أو عُلِّقتْ بشرطٍ صريحٍ) عطـفٌ على قولِـهِ: ((بـ: كَفَلْـتُ)) مِـن حيـثُ المعنى فإنَّه مُنجَّزٌ، فهو في معنى قولِك: إذا نَجَّزتَ أو علَّقتَ إلخ. والمرادُ بالصَّريحِ ما صُرِّحَ فيه[١] بأداةِ [٣/ق١٧١/أ] التَّعليقِ، وهي ((إنْ)) أو إحدى أخواتِها، فدخَـلَ فيـه بـالأَولى مـا كـان في معنـى التَّعليقِ مثلُ ((عَلَيَّ))، فإنَّه يُسمَّى تقييداً بالشَّرطِ لا تعليقاً مَحضاً كما يُعلَمُ مِمّا مرَّ[٢] في بحثِ ما يبطُلُ تعليقُهُ. أو المرادُ بالصَّريحِ ما قابَلَ الضِّمنيَّ في قولِهِ: ((ما بايعتَ فُلاناً فعلـيَّ))، فـإنَّ المعنـى: إنْ بايعتَ كما في "الفتح"[٣]، وقد عدَّهُ في "الهداية"[٤] مِن أمثلةِ المعلَّقِ بالشَّرطِ، فافهمْ.

[٢٥٥١٧] (قولُهُ: مُلائمٍ) أي: مُوافقٍ، مِن المُلاءمةِ بالهمزِ، وقد تُقلَبُ ياءً.

[٢٥٥١٨] (قولُهُ: بأحدِ أمورٍ) مُتعلِّقٌ بـ: ((مُوافقٍ)) والباءُ للسَّببيَّةِ، "ط"[٥].

[٢٥٥١٩] (قولُهُ: بكونِهِ شرطاً إلخ) بدَلٌ مِن ((أحدِ أمورٍ)) بدَلُ مُفصَّلٍ مِن مُجمَـلٍ، "ط"[٥]. وعبَّرَ في "الفتح"[٦] بدَلَ الشَّرطِ بالسَّببِ وقال: ((فإنَّ استحقاقَ المبيعِ سببٌ لوُجـوبِ الثَّمَـنِ على البائعِ للمُشتري)).

(قولُهُ: أو المرادُ بالصَّريحِ ما قابَلَ الضِّمنيَّ في قولِهِ: ما بـايعتَ إلـخ) هـذا على جعـلِ ((مـا)) موصولـةً ومُتضمِّنةً للشَّرطِ، لا على جعلِها شرطيَّةً مَحضةً، فيكونُ عليه التَّعليقُ مِن التَّعليقِ الصَّريحِ كـ: ((إنْ)).

---

(١) في "م": ((به)).

(٢) المقولة [٢٥٠٤٠] قوله: ((والإقرارُ)).

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠.

(٤) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٩٠.

(٥) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٥٢.

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠١.

أو: جحَدَكَ المُودَعُ، أو: غصَبَكَ كذا أو قتلَكَ، أو: قتَلَ ابنَكَ أو: صيدَكَ فعليَّ الدِّيةُ ورضيَ به المكفُولُ جازَ، بخلافِ: إنْ أكلَكَ سَبُعٌ، ....

[٢٥٥٢٠] (قولُهُ: أو: جحَدَكَ المُودَعُ) ومثلُهُ: إنْ أتلَفَ لك المُودَعُ، وكذا كلُّ الأماناتِ كما قدَّمناهُ[١] عن "الفصولين".

[٢٥٥٢١] (قولُهُ: أو: قتلَكَ) أي: خطأً كما في "الفتح"[٢] عن "الخلاصة"[٣]، وقدَّمناهُ[٤] عن "الكافي"، وقدَّمنا[٤] أيضاً عن عدَّةِ كتبٍ أنَّ الكفالةَ بالدِّيةِ لا تَصِحُّ، فليُتأمَّلْ.

[٢٥٥٢٢] (قولُهُ[٥]: فعليَّ الدِّيةُ) أرادَ بها البدَلَ فيشمَلُ باقيَ الأمثلةِ.

[٢٥٥٢٣] (قولُهُ: ورضيَ به المكفُولُ) أي: المكفُولُ له.

[٢٥٥٢٤] (قولُهُ: بخلافِ: إنْ أكلَكَ سبعٌ[٦]) لأنَّ فعلَهُ غيرُ مضمُونٍ؛ لحديثِ: ((جُرْحُ العَجماءِ جُبَارٌ))[٧].

---

(١) المقولة [٢٥٥٠٤] قوله: ((وما غصَبَكَ فُلانٌ)).

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٢.

(٣) "الخلاصة": كتاب الكفالة ـ الفصل الثاني في الكفالة المعلّقة ق٢٥٣/أ، نقلاً عن "الأصل".

(٤) المقولة [٢٥٤٩٣] قوله: ((فلا تَصِحُّ ببدَلِ الكتابةِ)).

(٥) ((قوله)) ليست في "ب".

(٦) في "م": ((السبع)).

(٧) روى مالكٌ وسفيانُ بن عُيَينةَ ومَعمَرٌ وابنُ جُرَيجٍ واللَّيثُ بنُ سعدٍ ويونُسُ والزُّبيديُّ والأوزاعيُّ عن ابنِ شهابٍ عن سعيدِ بنِ المُسيَّب وعن أبي سَلَمةَ بنِ عبدِ الرَّحمن عن أبي هريرةَ رضي الله عنه أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((العَجْماءُ جُبَارٌ، والبئرُ جُبَارٌ، والمَعدِنُ جُبَارٌ، وفي الرِّكازِ الخُمسُ)). قال سفيانُ: أوَّلُ ما رأيتُ الزُّهريَّ سألتُهُ عن هذا الحديث، وليس معي ولا معه أحدٌ. وترك سفيانُ أبا سَلَمةَ مَرَّةً، فقيل له: معه أبو سَلَمةَ، فقال: إنْ كان معه فهو معه. ويَرويه يونُسُ عن سعيدٍ وعُبَيدِ الله بنِ عبدِ الله.

أخرجه البخاريُّ (١٤٩٩) في الزَّكاة ـ باب في الرِّكاز الخُمسُ، و(٦٩١٢) في الدِّيات ـ باب المَعدِن جُبَار، ومسلم (١٧١٠) في الحُدود ـ باب جُرح العَجْماء ... جُبَار، وأبو داودَ (٣٠٨٥) مُختصَراً في الإمارة ـ باب في الرِّكاز، و(٤٥٩٣) في الدِّيات ـ باب العَجْماء والمَعدِن والبئر جُبَار، والتِّرمذيُّ (٦٤٢) في الزَّكاة ـ باب العَجْماء جُرحها جُبَار، وقال: حسَنٌ صحيحٌ، و(١٣٧٧) في الأحكام ـ باب العَجْماء جُرحها جُبَار، قال: حسَنٌ صحيحٌ، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٥/٤٥ في الزَّكاة ـ باب المَعدِن، و"الكبرى" (٢٢٧٤ ـ ٢٢٧٦) في الزَّكاة ـ المَعدِن، و(٥٨٣١ ـ ٥٨٣٤) في الرِّكاز ـ باب ذِكْر الرِّكاز، وابنُ ماجَه (٢٦٧٣) في الدِّيات ـ باب الجُبَار.

= وأخرجه مالكٌ في "الموطأ" ٢/٨٦٩ في العُقول ـ باب جامع العَقل، والشّافعيُّ في "السنن المأثورة" (٣٦٧) و(٣٦٨) و(٣٦٩) مُختصَراً، و(٦٢٠) و(٦٢١)، و"المسند" ١/٢٤٨، وعبدُ الرزّاق في "المصنَّف" (١٨٣٧٣)، وأحمدُ ٢/٢٣٩ و٢٥٤ و٢٧٤ و٢٨٥، والحُمَيديُّ (١١١٠)، وابنُ أبي شَيبةَ ٦/٣٥٢، وأبو عُبيدٍ في "الأموال" (٨٥٨)، والدّارِميُّ(١٦٦٨) و(٢٣٧٨)، والبزّارُ في "البحر الزَّخّار" ق١٤١/٢، وابنُ الجارود في "المنتقى" (٣٧٢) و(٧٩٥)، وابنُ خُزَيمةَ (٢٣٢٦)، وأبو عَوانةَ (٦٣٥٤ ـ ٦٣٦١)، والطَّحاويُّ في "شرح معاني الآثار" ٣/٢٠٣ و٢٠٤، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٦٠٠٥ ـ ٦٠٠٧)، والدّارقطنيُّ في "السنن" ٣/١٤٩ و١٥٠ و١٥١و١٥٢، و"العِلَل" (١٨١٤ و١٨١٥). وقال: إلاّ أنَّ الزُّبيديَّ وجعفرَ بنَ بُرقانَ لم يذكُرا أبا سَلَمةَ في الإسناد، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٤/١٥٥ و٨/١١٠ و٣٤٣، و"معرفة السنن" (٢٣٨٥) مُختصَراً، وابنُ عبدِ البَرِّ في "التمهيد" ٧/١٩، والرّافعيُّ في "التدوين في أخبار قَزوين" ٣/١٤٢.

قال أبو بكرٍ النَّيسابوريُّ: لا أعلَمُ أحداً ذكَرَ في إسناده عُبيدَ الله بنَ عبدِ الله غيرَ يونُسَ بنِ يزيدَ.

قال الدّارقطنيُّ في "العِلَل" (١٨١٤): ورواه إسحاقُ بنُ راشدٍ عنِ الزُّهريِّ عن عُبيدِ الله بنِ عبدِ الله وحدَه عن أبي هريرةَ. والصَّحيحُ: عنِ الزُّهريِّ عن سعيدٍ وأبي سَلَمةَ، وحديثُه عن عُبيدِ الله غيرُ مدفوعٍ؛ لأنَّه قد اجتمَعَ عليه اثنانِ. والله أعلم.

ورواه زَمْعةُ بنُ صالحٍ عنِ الزُّهريِّ عن سعيدِ بنِ المُسيَّب [وغيره] عن أبي هريرةَ به.

أخرجه أبو داودَ الطَّيالِسيُّ (٢٣٠٥)، وعنه أبو عَوانةَ (٦٣٦٣).

وأخرجه ابنُ عَديٍّ ٣/٢٣٢ عن زَمْعةَ عن الزهري نحوَه، وزاد: وعن ابنِ طاوسٍ عن أبيه عن أبي هريرةَ. قال ابنُ عَديٍّ: وهذا غريبٌ عنِ الزُّهريِّ، وإنْ كان قد رواه غيرُ زَمْعةَ عنه. وزَمْعةُ فيه ضَعفٌ، وربَّما يَهِمُ في بعضِ ما يَرويه، وأرجو أنَّ حديثَه صالحٌ لا بأسَ به.

ورواه سفيانُ بنُ حسينٍ عنِ الزُّهريِّ عن سعيدٍ عن أبي هريرةَ مرفوعاً: ((الرِّجْلُ جُبَارٌ)).

أخرجه أبو داودَ (٤٥٩٢) في الدِّيات ـ باب في الدّابة تَنفَحُ برِجْلها، والنَّسائيُّ في "الكبرى" [رواية ابنِ حَيّوةَ] (٥٧٨٨) في العارية ـ باب في الدّابة تُصيبُ برِجْلها، وأبو عَوانةَ (٦٣٧١)، وابنُ عَديٍّ ٣/٤١٥، والطَّبرانيُّ في "الصَّغير" (٧٤٢)، والدّارقطنيُّ ٣/١٥٣ و١٧٩، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٨/٣٤٣، و"معرفة السنن والآثار" (١٧٥٨٨)، والخطيبُ في "الفَصْل للوَصْل المُدْرَج" ٢/٧٢٩.

قال أبو عَوانةَ: لم يَقُلْهُ أحدٌ غيرُه. وقال ابنُ عَديٍّ: لم يأتِ به عنِ الزُّهريِّ غيرُ سفيانَ بنِ حسينٍ فيما عَلِمتُ. قال الدّارقطنيُّ: لم يُتابَع سفيانُ بنُ حسين على قوله: الرِّجْلُ جُبَارٌ، وهو وَهْمٌ؛ لأنَّ الثِّقات الحفاظ الذين قدَّمنا أحاديثَهم مالكٌ وابنُ عُيَينةَ ويُونسُ ومَعمَرٌ وابنُ جُريجٍ والزُّبيديُّ وعُقَيلُ واللَّيثُ بنُ سعدٍ وغيرُهم خالَفوه، ولم يَذكُروا ذلك، وكذلك رواه أبو صالحٍ السَّمّانُ وعبدُ الرَّحمن الأعرَجُ ومحمَّدُ بنُ سيرينَ ومحمَّدُ بنُ زيادٍ وغيرُهم عن أبي هريرةَ، ولم يَذكُروا فيه: الرِّجْلُ جُبَارٌ، وهو المحفوظُ عن أبي هريرةَ.

وذكَرَ البيهقيُّ في "معرفة السنن والآثار" عنِ الشّافعيِّ، قال: هذا غلَطٌ؛ لأنَّ الحُفّاظَ لم يحفَظُوه هكذا! =

= قال البيهقيُّ: والأمرُ على ما قاله الشّافعيُّ؛ وذاك لأنَّ هذا الحديثَ رواه مالكُ بنُ أنسٍ، وابنُ جُرَيجٍ، واللَّيثُ ابنُ سعدٍ، ومَعمَرٌ، وعُقَيلٌ، وسفيانُ بنُ عُيَينةَ، وغيرُهم عنِ الزُّهريِّ، فلم يذكُرْ فيه أحدٌ منهم: الرِّجْلُ جُبَارٌ إلاّ سفيانُ بنُ حسين، فإنَّه رواه عنِ الزُّهريِّ عنِ ابنِ المُسيَّب عن أبي هريرةَ عن النَّبيِّ ﷺ. قال يحيى بنُ مَعينٍ: سفيانُ بن حسين ثقةٌ، وهو ضعيفُ الحديثِ عنِ الزُّهريِّ. وسيأتي أنَّ آدمَ وحدَه تفرَّد عن شُعبةَ فقال: الرِّجْلُ جُبَارٌ!

قال البيهقيُّ: إنَّما تُعرَف هذه اللَّفظةُ مِن حديثِ أبي قيسٍ عبدِ الرَّحمن بنِ ثَرْوَانَ عن هُزَيلِ بنِ شُرَحْبيل عنِ النَّبيِّ ﷺ مُرسَلاً.

قال ابنُ عبد البَرِّ: وهذا لا يُثبِتُه أهلُ العِلم بالحديث. وهذا حديثٌ لا يُوجَدُ عند أحدٍ مِن أصحابِ الزُّهريِّ إلاّ سفيانَ بنَ حسين، وهو عندهم فيما ينفرِدُ به لا تقومُ به حُجَّةٌ.

قال ابنُ حَجرٍ في "فتح الباري" ٣١٩/١٢: وقد اتّفق الحُفّاظُ على تغليطِ سفيانَ بنِ حسين، حيث روى عنِ الزُّهريِّ في حديث الباب: الرِّجْلُ جُبَارٌ، وما ذاك إلاّ أنَّ الزُّهريَّ مُكثِرٌ مِن الحديثِ والأصحابِ، فتفرَّدَ سفيانُ عنه بهذا اللَّفظِ، فعُدَّ مُنكَراً، قال الشّافعيُّ: لا يَصِحُّ هذا.

وخالَفهم أيُّوبُ بنُ خالدٍ فرواه عنِ الأوزاعيِّ عن محمَّدِ بنِ مسلم عن عُبيدِ الله بنِ عبدِ الله عنِ ابنِ عباسٍ به. أخرجه أبو عَوانةَ (٦٣٦٢)، وابنُ عَديٍّ ٣٥٨/١.

قال ابنُ عَديٍّ: لا أعلم يَرويه عنِ الأوزاعيِّ غيرَ أيُّوبَ بنِ خالدٍ.

وروى يعقوبُ بنُ إبراهيمَ بنِ سعدٍ عنِ اللَّيثِ عنِ الزُّهريِّ عن سالمٍ عن أبيه عن عامرِ بنِ ربيعةَ به.

أخرجه النَّسائيُّ في "الكبرى" (٥٨٣٠) في الرِّكاز، وأبو عَوانةَ (٦٣٧٠)، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٣٩٢٩). قال أبو عَوانةَ: كذا قال، وهذا عَجَبٌ أيضاً! حسَنٌ! قال الطَّبرانيُّ: لم يروه عن ليثِ ابنِ سعدٍ إلاّ يعقوبُ بنُ إبراهيمَ.

وخالَفَه قُتيبةُ، ومروانُ بنُ محمَّدٍ، وأحمدُ بن يونُسَ، والحسنُ بنُ موسى الأَشْيَبُ، ومحمَّدُ بنُ رُمْحٍ، ويحيى بنُ يحيى وغيرُهم، فرَوَوه عنِ اللَّيثِ عنِ الزُّهريِّ كما رواه الجماعةُ.

ورواه أحمدُ بنُ عمرٍو العُصْفُريُّ عن يحيى بنِ معاذٍ أبي معاذٍ عن أبيه عن بُكَيرِ بنِ عبدِ الله بنِ الأَشَجِّ عن نافعٍ عنِ ابنِ عمرَ عن عامرِ بن ربيعةَ به.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٦٩٦٨) ثمَّ قال: لم يَروِه عن بُكَيرٍ إلاّ معاذٌ أبو بكرٍ، تفرَّدَ به ابنُه عنه.

وروى محمَّدُ بنُ جامعٍ العَطَّارُ وعُقبةُ بنُ عبدِ الغافر عن مَسْلَمةَ بنِ عَلقمةَ عن داودَ بنِ أبي هندٍ عن سعيدِ بنِ المُسيَّبِ عن أبي هريرةَ به. أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٨٢٨٩)، وابنُ عبدِ البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٧/٧، وقال الطَّبرانيُّ: لم يَروِه عن داودَ إلاّ مَسْلَمةُ، ولا عن مَسْلَمةَ إلاّ محمَّدُ بنُ جامعٍ. كذا قال! مع أنَّ ابنَ عبدِ البَرِّ رواه عن عُقبةَ عن مَسْلَمةَ كما ترى. ومَسْلَمةُ ضعيفٌ.

وروواه الأسودُ بنُ العلاءِ، ومحمَّدُ بنُ عمرٍو عن أبي سَلَمةَ عن أبي هريرةَ به. =

= أخرجه مسلمٌ (١٧١٠)، وأحمدُ ٢/٤١٥ و٤٧٥ و٤٩٥ و٥٠١، وأبو عُبيدٍ في "الأموال" (٨٥٧)، و"غريب الحديث" ١/٢٨١، والدّارميُّ (٢٣٧٧)، وأبو عَوانةَ (٦٣٦٤)، والطَّحاويُّ في "شرح المعاني" ٣/٢٠٤.

ورواه أيُّوبُ، وعبدُ الله بن عَون، وحمّادٌ، ومنصورٌ، وهشامٌ، وخالدٌ الحَذّاءُ، وعبدُ الله بنُ بكرٍ المُزَنيُّ، ويونُسُ بنُ عُبيدٍ، وعِمرانُ بنُ خالدٍ، كلُّهم عن محمَّدِ بنِ سيرينَ عن أبي هريرةَ به.

أخرجه أحمدُ ٢/٢٢٨ و٤١١ و٤٩٣ و٤٩٩ و٥٠٧، وابنُ أبي شَيبةَ ٦/٣٥٢، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٥/٤٥ و٤٦ في الزَّكاة - باب المَعدِن، و"الكبرى" (٢٢٧٧) و(٥٨٣٣) و(٥٨٣٥) و(٥٨٣٦) في الرِّكاز، والبَزّار ق١/٢٧٣، والطَّحاويُّ في "شرح المعاني" ٣/٢٠٤، وابنُ عَديٍّ ٢/٢١٣ و٢٤٤، و٣/٢٦٠، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٦٤٢٥)، وأبو يَعْلى (٦٠٧٢) و(٦٠٧٥)، وابن مَردويَه في "جزء فيه أحاديث ابن حيّانَ" (٤٥)، والخطيبُ في "تاريخه" ٥/٥٣ - ٥٤، و"مُوضِح الأوهام" ٢/٢٥٩. قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِ هذا الحديثَ عن ابنِ عَونٍ إلاّ مُؤمَّلُ بنُ عبدِ الرَّحمن، تفرَّدَ به عبدُ الغنيِّ بنُ عبدِ العزيز.

قال الدّارقطنيُّ في "العِلَل" (١٨٢٩): رفَعَه حمّادُ بنُ زيدٍ عن أيُّوبَ، وهشامٌ عن ابنِ سيرينَ عن أبي هريرةَ. وتابَعَه عِمرانُ بنُ خالدٍ، وعَوفٌ الأعرابيُّ، ويونُسُ بنُ عُبيدٍ مِن روايةِ حاتمِ بنِ وَرْدانَ عنه. ووقَفَه ابنُ عُلَيَّةَ والثَّقفيُّ عن أيُّوبَ، ورواه ابنُ عُلَيَّةَ أيضاً عن ابنِ عَونٍ وهشامٍ موقوفاً، وكذلك رواه يزيدُ بنُ هارونَ عن ابنِ عَونٍ، وقال: عبدُ الله بنُ بكرٍ المُزَنيُّ عن ابنِ سيرين عن أبي هريرةَ كان يُقال... ورَفْعُه صحيحٌ؛ لأنَّ ابنَ سيرينَ كان شديدَ العَوا [التحفظ والاحتياط] في رَفْعِ الحديث.

ورواه سعيدٌ عن قَتادةَ عن ابنِ سيرينَ عن أبي هريرةَ قال رسولُ الله ﷺ...

وروى النَّضْرُ، وعُثمانُ بنُ الهيثمِ كلاهما عن عَوْفٍ عن الحسنِ قال: بلَغَني أنَّ رسولَ الله قال: ((العَجْماءُ جُبَارٌ، والبئرُ جُبَارٌ، والمَعدِنُ جُبَارٌ، وفي الرِّكازِ الخُمسُ)). قال عَوْفٌ: وحدَّثني محمَّدٌ - يعني: ابنَ سيرينَ - عن أبي هريرةَ عن النَّبيِّ مِثلَه. أخرجه أحمدُ ٢/٤٩٣، وإسحاقُ بنُ راهويه (٥١٠)، والحارثُ بنُ أبي أسامةَ في "مسنده" كما في "بغية الباحث" (٥٢٩).

ورواه أبو عمرَ الضَّريرُ حدَّثنا حمّادُ بنُ سَلَمةَ عن أيُّوبَ، وحبيبٌ وهشامٌ عن محمَّدِ بنِ سيرينَ به.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٢٤٢٠)، و"الصَّغير" (٣٣٤).

ورواه حمّادُ بنُ الجَعْدِ، والحَكَمُ بنُ عبدِ الملك، وأبو مريمَ عبدُ الغفّار بنُ القاسم، كلُّهم عن قَتادةَ عن محمَّدِ ابنِ سيرينَ به. أخرجه أبو يَعْلى (٦٠٥٠)، وابنُ عَديٍّ ٢/٢١٣ و٢٤٥، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٣٣٩٠)، والخطيبُ في "الفَصْل للوَصْل المُدْرَج" ٢/٧٣٠.

قال ابنُ عَدِيٍّ: لا أعلم رواه عن قَتادةَ غيرَ حمّادِ بنِ الجَعْدِ والحَكَمِ بنِ عبدِ الملك. وقال في روايةِ الحَكَمِ: لا يتابعُه عليه الثِّقاتُ عن قَتادةَ. وقال الطَّبرانيُّ: لم يَروِه عن قَتادةَ إلاّ حمّادٌ وأبو مريمَ

والحَكَمُ بنُ عبدِ الملك: قال ابنُ مَعينٍ: ضعيفٌ، ليس بشيءٍ. وقال النَّسائيُّ: ليس بالقويِّ.

وحمّادُ بنُ الجَعْدِ: قال ابنُ مَعينٍ: ليس بشيءٍ، ليس بثقةٍ. وقال النَّسائيُّ: ضعيفٌ. =

= وأبو مريمَ عبدُ الغفّار بنُ القاسم: رافضيٌّ، ليس بثقةٍ. قال ابنُ المَدينيِّ: كان يضَعُ الحديثَ وقال يحيى: ليس بشيءٍ وقال البخاريُّ: ليس بالقويِّ عندهم.

ورواه الخصيبُ بنُ ناصحٍ عن سليمانَ بنِ أبي سليمانَ القافلانيِّ بيّاعِ الأقفالِ عن محمَّدِ بنِ سيرينَ به. أخرجه ابنُ عَدِيٍّ ٣/٢٦١. وسليمانُ هذا: متروكٌ، ليس بشيءٍ، ومع ذلك قال ابنُ عَدِيٍّ: لا أرى بحديثه بأساً إذا روى عنه ثقةٌ.

ورواه أبو بِشرٍ أحمدُ بنُ محمَّدٍ الكِنديُّ بسنده عن عَبسِ بنِ عقّارٍ عن عَزْرَةَ بنِ ثابتٍ عن مَطرٍ الورّاقِ عن محمَّدِ بنِ سيرينَ عن أبي سَلَمةَ عن أبي هريرةَ به.

أخرجه الخطيبُ في "التّاريخ" ٥/٧٣ . وأبو بِشرٍ: لم يكنْ بثقةٍ، وله مِن النُّسَخِ الموضوعةِ شيءٌ كثيرٌ.

قال أبو نُعَيمٍ: صاحبُ غرائبَ ومَناكيرَ، وقال الدّارقطنيُّ: متروكٌ يَكْذِبُ.

ورواه سفيانُ الثّوريُّ ومالكٌ وشُعيبٌ وعبدُ الرَّحمن بنُ أبي الزِّنادِ وأبو جعفرٍ الرّازيُّ عن أبي الزِّنادِ عن الأعرَجِ عن أبي هريرةَ به. أخرجه الشّافعيُّ في "السنن المأثورة" (٦٢٢)، وأحمدُ ٢/٣٨٢، والحُمَيديُّ (١١١١)، والنَّسائيُّ في "الكبرى" في الرِّكاز كما في "تحفة الأشراف" ١٠/١٩٨ [رواية ابن حَيْوَةَ]، والدّارميُّ (٢٣٧٩)، وأبو يَعْلى (٦٢٧٨)، وأبو عَوانةَ (٦٣٦٨) و(٦٣٦٩)، والطَّحاويُّ في "شرح المعاني" ٣/٢٠٤، وأبو يَعْلى (٦٣٠٨)، والطَّبرانيُّ في "مسند الشّاميِّين" (٣٢٦٦)، و"الأوسط" (٧٦٥٢)، والبيهقيُّ في "معرفة السنن" (١٦٣١٧). قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِه عن أبي جعفرٍ الرّازيِّ إلاّ عِصْمةُ بنُ المتوكِّلِ.

قال البيهقيُّ في "معرفة السنن والآثار" (٨٣٩٥): هكذا قال: عن مالكٍ، وكذلك رواه الطَّحاويُّ عن المُزَنيِّ عن الشّافعيِّ، وروايةُ الرَّبيعِ أشهَرُ. وقال (١٧٥٦٩ و١٧٥٧٣) في الضَّمانِ على البَهائم: قال أبو عبدِ الله [الحاكم]: هذا حديثٌ غريبٌ لمالكٍ! ليس في "الموطأ"، ولا في المبسوط [لعلَّه أراد الأُمَّ]. قال البيهقيُّ: وهو في المبسوط" في مسألة الرِّكاز مِن حديث سفيانَ عن أبي الزِّنادِ ... مُختصَراً في الرِّكاز، وهو المحفوظُ.

ولم يتفرَّدْ به الرَّبيعُ، بل رواه الطَّحاويُّ عن المُزَنيِّ عن الشّافعيِّ كما مرَّ في "السنن المأثورة"، ورواه إبراهيمُ ابنُ محمَّدِ بنِ أيُّوبَ عن الشّافعيِّ به. أخرجه البيهقيُّ في "معرفة السنن والآثار" (١٧٥٧١).

قال الدّارقطنيُّ: رواه ابنُ لَهيعةَ عن جعفرِ بنِ ربيعةَ عن عِراكِ بنِ مالكٍ عن أبي هريرةَ. وخالَفه اللَّيثُ فرواه عن جعفرِ بنِ ربيعةَ عن عبدِ الرَّحمن بنِ هُرْمُزَ الأعرَجِ عن أبي هريرةَ.

ورواه ابنُ لَهيعةَ أيضاً عنِ الأعرَجِ عن أبي هريرةَ. وسئل [الدّارقطنيُّ] عن سماعِ ابنِ لَهيعةَ عنِ الأعرَجِ، قال: قَدِمَ الأعرَجُ مِصْرَ وابنُ لَهيعةَ كبيرٌ.

ورواه عُبيدُ الله عن إسرائيلَ عن أبي حَصينٍ عن أبي صالحٍ عن أبي هريرةَ رضي الله عنه قال رسولُ اللهِ ﷺ: ((المَعدِنُ جُبَارٌ، والبئرُ جُبَارٌ، والعَجْماءُ جُبَارٌ، وفي الرِّكازِ الخُمسُ)).

أخرجه البخاريُّ (٢٣٥٥) ـ باب مَن حفَرَ بئراً في مِلكِهِ لم يَضمَنْ.

ورواه الوليدُ بنُ أبي ثَورٍ [ضعيفٌ] عن عاصمٍ عن أبي صالحٍ به. أخرجه ابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٧/٧٧. =

= ورواه عبدُ الرَّزّاقِ وعبدُ الملك الصَّنعانيُّ عن مَعمَرٍ عن هَمّامٍ عن أبي هريرةَ عن النَّبيِّ ﷺ: ((والنّارُ جُبَارٌ)).
أخرجه أحمدُ ٣١٩/٢، وأبو داودَ (٤٥٩٤) في الدِّيات ـ باب في النّار تَعَدّى، والنَّسائيُّ في "الكبرى" [رواية ابن حَيّوَةَ] (٥٧٨٩) في العاريَة ـ باب في الدّابَّة تُصيبُ برِجْلِها، وابنُ ماجَه (٢٦٧٦) في الدِّيات ـ باب الجُبَار، والبَزّارُ في "البحر الزَّخّار" ق ٢٣١/١، وأبو عَوانةَ (٦٣٦٥) و(٦٣٦٦) و(٦٣٦٧)، والدّارقطنيُّ في "السنن" ١٥٢/٣ ـ ١٥٣، و"العِلَل" (٢١٩٧)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٢٨١/٦، والسَّهْميُّ في "تاريخ جُرجانَ" (٦٣٢)، والبيهقيُّ ٣٤٤/٨، والخَطّابيُّ في "غريب الحديث" ٦٠٠/١.
ونقَلَ الدّارقطنيُّ عن عبدِ الرَّزّاق، قال مَعمَرٌ: لا أراه إلاّ وَهْماً. وعن أحمدَ بنِ حنبلَ: قولُه في هذا الحديث: ليس بشيءٍ لم يكنْ في الكتبِ، باطلٌ ليس بصحيحٍ. وقال أحمدُ: أهلُ اليمنِ يكتبون النّار: (النِّير) ويكتبون: البِير، يعني: مثلَ ذلك؛ يعني: فهو تصحيفٌ، وإنَّما لُقِّنَ عبدُ الرَّزّاق: النّارُ جُبَارٌ.
قال أبو عَوانةَ: كان يُقال: غَلِطَ فيه عبدُ الرَّزّاق، وإنَّما هو: (البيرُ جُبَارٌ)، ثمَّ وافقَه عليه عبدُ الملك عن مَعمَرٍ.
قال ابنُ عبدِ البَرِّ ٢٦/٧: قال يحيى بنُ مَعينٍ: أصلُهُ (البير جُبَارٌ)، ولكنَّه صحَّفَه مَعمَرٌ. قال أبو عمرَ: في قولِ ابنِ مَعينٍ هذا نظرٌ، لا يُسلَّمُ له حتّى يتَّضِحَ.
ونقَلَ ابنُ حَجَرٍ في "فتح الباري" ٣١٨/١٢ ـ ٣١٩: عن ابنِ عبدِ البَرِّ نحوَ هذا، وزادَ عنه: وليس بهذا تُرَدُّ أحاديثُ الثِّقاتِ. ثمَّ قال: ولا يُعترَضُ على الحُفّاظِ الثِّقاتِ بالاحتمالاتِ، ويُؤيِّدُ ما قال ابنُ مَعينٍ اتِّفاقُ الحُفّاظِ مِن أصحابِ أبي هريرةَ على ذِكْرِ البئر دونَ النّار، وقد ذكَرَ مسلمٌ أنَّ علامةَ المُنكَرِ في حديث المُحدِّث أنْ يعمَدَ إلى مشهورٍ بكثرةِ الحديث والأصحابِ فيأتيَ عنه بما ليس عندهم، وهذا مِن ذاك. ويُؤيِّدُه أيضاً أنَّه وقَعَ عند أحمدَ مِن حديث جابرٍ بلفظِ: (والجُبُّ جُبَارٌ)، وهي البئرُ.
ورواه نَصْرُ بنُ بابٍ حدَّثنا كثيرُ بنُ زيدٍ الأسلَميُّ عن المُطَّلِبِ عن أبي هريرةَ قال رسولُ اللهِ ﷺ: ((العَجْماءُ جُبَارٌ ...)) أخرجه ابنُ عَدِيٍّ ٣٦/٧. ونَصْرُ بنُ بابٍ: ضعيفٌ، ليس بشيءٍ، وكذَّبَه أبو خَيثَمةَ.
ورواه شُعبةُ، وحمّادُ بنُ سَلَمةَ، والرَّبيعُ بنُ مسلمٍ، كلُّهم عن محمَّدِ بنِ زيادٍ الجُمَحيِّ عن أبي هريرةَ به.
أخرجه البخاريُّ (٦٩١٣) في الدِّيات ـ باب العَجْماء جُبَار، ومسلمٌ (١٧١٠)، وأحمدُ ٣٨٦/٢ و٤٠٦ و٤١٥ و٤٥٤ و٤٥٦ و٤٦٧ و٤٨٢، وإسحاقُ بن راهويه (٦٤)، وابنُ أبي شَيبةَ ٣٥٢/٦، وأبو عَوانةَ (٦٣٥٢) و(٦٣٥٣)، والطَّحاويُّ في "شرح المعاني" ٢٠٤/٣، والبَغويُّ في "الجَعْديّات" (١١٢١)، والدّارقطنيُّ ١٥٤/٣ و٢١٢، والبيهقيُّ ١١٠/٨ و٣٤٣، والخطيبُ في "الفَصْل للوَصْل المُدْرَج من النَّقْل" ٧٢٣/٢ ـ ٧٢٦، والإسماعيليُّ كما في "الفتح" لابن حَجَرٍ ٣٢١/١٢. قال الدّارقطنيُّ: زاد آدمُ عن شُعبةَ قولَه: الرِّجْل جُبَار. وتفرَّدَ به، وهو وَهْمٌ، ولم يُتابِعْه عليه أحدٌ عن شُعبةَ. ونقَلَ البيهقيُّ عن الدّارقطنيِّ قال: قد روى هذا الحديث عن شُعبةَ محمَّدُ بنُ جعفرٍ غُنْدَرُ، وهو الحَكَمُ في حديث شُعبةَ، ورواه معاذُ بنُ معاذٍ العنبريُّ، ومسلمُ بنُ إبراهيمَ، وأبو عمرَ الحَوضيُّ وغيرُهم دون هذه الزِّيادة، وكذلك رواه الرَّبيعُ بنُ مسلمٍ عن محمَّدِ بنِ زيادٍ دون هذه الزِّيادة. =

قال الخطيبُ: لم يذكُر: ((الرِّجْل جُبَار)) عن شُعبةَ غيرُ آدمَ بن أبي إياسٍ، وباقي المتن محفوظٌ عنه. رواه عن شُعبةَ يزيدُ بنُ هارونَ، وعبدُ الصَّمد بنُ عبدِ الوارث، وحفصُ بنُ عمرَ الحَوضيُّ، وعاصمُ بنُ عليٍّ، وعليُّ بنُ الجَعْدِ، وعبدُ الرَّحمن بنُ مَهديٍّ، ومحمَّدُ بنُ جعفرٍ غُنْدَر، والنَّضْرُ بنُ شُميلٍ، وعفّانُ بنُ مسلمٍ، وشَبَابةُ بنُ سَوَّارٍ، وقد روى شُعبةُ الزِّيادةَ التي زادها آدمُ عنه عن غيرِ محمَّدِ بنِ زيادٍ عن أبي هريرةَ، رواها [آدمُ وغيرُه] في حديثه عن أبي قيسٍ عبدِ الرَّحمن بنِ ثَرْوانَ الأَوْديِّ عن هُزيلِ بنِ شُرَحْبيلَ مُرسَلاً عن النَّبيِّ ﷺ.

روى شُعبةُ وسفيانُ الثَّوريُّ عن أبي قيسٍ عبدِ الرَّحمن بنِ ثَرْوانَ الأَوْديِّ عن هُزيلِ بنِ شُرَحْبيلَ عن النَّبيِّ ﷺ مُرسَلاً.

أخرجه عبدُ الرَّزّاق (١٧٨٧٣) و(١٨٣٧٦)، وابنُ أبي شَيبةَ ٣٥١/٦، والدّارقطنيُّ ١٥٣/٣، والبيهقيُّ ٣٤٤/٨، والخطيبُ في "الفصل" ٧٢٧/٢ ـ ٧٢٩. ثمَّ قال البيهقيُّ: هذا مُرسَلٌ لا تقومُ به الحُجَّةُ.

قال البيهقيُّ: إنَّما تُعرَفُ هذه اللَّفظةُ مِن حديث أبي قيسٍ عبدِ الرَّحمن بنِ ثَرْوانَ عن هُزيلِ بنِ شُرَحْبيلَ عن النَّبيِّ ﷺ مُرسَلاً. ورواه قيسُ بنُ الرَّبيعِ موصولاً بذِكْرِ ابنِ مسعودٍ فيه. وقيسٌ لا يُحتَجُّ به، وأبو قيسٍ غيرُ قويٍّ، فالله أعلم اهـ.

قال ابنُ عبدِ البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٥/٧: ورواه زيادُ بنُ عبدِ الله عن الأعمشِ عن أبي قيسٍ عن هُزيلِ بن شُرَحْبيلَ عن أبي هريرةَ عن النَّبيِّ ﷺ فوصَلَه وأسندَه. وليس زيادٌ البَكّائيُّ مِمَّن يُحتَجُّ به إذا خالَفه مثلُ الثَّوريِّ، وأبو قيسٍ أيضاً ليس مِمَّن يُحتَجُّ به في حُكمٍ ينفردُ به.

أخرجه الدّارقطنيُّ في "الأفراد" كما في "أطراف الغرائب" ق٣٠٨/٢، والخطيبُ في "الوصل" ٧٢٨/٢. وقال الدّارقطنيُّ: غريبٌ مِن حديثِ هُزيلِ بنِ شُرَحبيلَ عنه، لم يَروِه عنه غيرُ أبي قيسٍ عبدِ الرَّحمن بنِ ثَرْوانَ تفرَّدَ به زيادُ بنُ عبدِ الله البَكّائيُّ عن الأعمشِ، واختُلِفَ عن أبي قيسٍ في إسنادِ هذا الحديث، رواه محمَّدُ بنُ طلحةَ عنه عن هُزيلٍ عن عبدِ الله، قال: أظُنُّه مرفوعاً، وهذا أيضاً غريبٌ مِن حديث هُزيلٍ عن عبدِ الله، تفَرَّدَ به محمَّدُ بنُ طلحةَ عنه. ورواه الثَّوريُّ عن هُزيلٍ فأرسَلَه، وهو أصحُّ مِن قولِ مَن وصَلَه. وقال الخطيبُ: تفَرَّدَ بروايته زيادٌ البَكّائيُّ عن الأعمشِ.

قال الدّارقطنيُّ في "العِلَل" (٢١٩٨): ورواه غيرُه عن الأعمشِ عن أبي قيسٍ عن هُزيلٍ مُرسَلاً.

ورواه محمَّدُ بنُ طلحةَ بنِ مُصرِّفٍ عن أبي قيسٍ عن هُزيلٍ عن عبدِ الله بنِ مسعودٍ قال: أظُنُّه مرفوعاً.

أخرجه الدّارقطنيُّ في "السنن" ١٥٤/٣، و"الأفراد" كما في "أطراف الغرائب" ق ٣٠٨/٢، والخطيبُ في "الوصل" ٧٢٩/٢. وقال: وصَلَه، وجعَلَ مكانَ أبي هريرةَ عبدَ الله بنَ مسعودٍ، تفَرَّدَ محمَّدُ بنُ طلحةَ بروايته هكذا. قال الدّارقطنيُّ: والمُرسَلُ هو الصَّوابُ في الرِّوايتين.

قال الخطيبُ: وكلاهما أورَدَ في حديثه ذِكْرَ الرِّجْلِ، وقولُ مَن أرسَلَه ولم يَصِلْه عن أبي قيسٍ أصحُّ.

ورواه قيسُ بنُ الرَّبيعِ موصولاً بذِكْرِ (عن عبدِ الله بنِ مسعودٍ) فيه. قال: وقيسُ بنُ الرَّبيعِ لا يُحتَجُّ به.

وروى حمّادٌ وعبّادُ بنُ عبّادٍ عن مُجالدٍ عن الشَّعبيِّ عن جابرٍ قال رسولُ الله: ((السّائمةُ [عَقْلُها] جُبَارٌ، والبئرُ [وفي رواية: والجُبُّ] جُبَارٌ، والمَعدِنُ جُبَارٌ، وفي الرِّكاز الخُمسُ)).

= أخرجه أحمدُ ٣/٣٣٥ و٣٥٣ ـ ٣٥٤، و البَزّار كما في "كشف الأستار" (٨٩٤)، وأبو يَعْلى (٢١٣٤)، وأبو عَوانةَ (٦٣٧٤)، والطَّحاويُّ في "شرح معاني الآثار" ٣/٢٠٣.

قال البَزّار: لا نعلَمُ رواه عن مُجالِدٍ إلاّ أهلُ البصرةِ حمادٌ وأصحابُه.

ورواه مُجالِدٌ عن الشَّعبيِّ عن الحارثِ عن عليٍّ عن النَّبيِّ ﷺ قال: ((المَعدِنُ جُبَارٌ)).

ذَكَرَه ابنُ أبي حاتمٍ في "العِلَل" (٦٢٠) و(١٣٩٧)، والدّارقطنيُّ في "العِلَل" (٣٢٨).

قال أبو حاتمٍ وأبو زُرْعةَ: هذا خطأٌ، إنَّما هو عن الشَّعبيِّ عن جابرِ بنِ عبدِ الله عن النَّبيِّ ﷺ، وهو الصَّحيحُ. قال الدّارقطنيُّ: رواه عُبيدةُ بنُ الأسودِ عن مُجالِدٍ عن الشَّعبيِّ عن الحارثِ عن عليٍّ عن النَّبيِّ ﷺ وخالَفَه حمّادُ بنُ زيدٍ وجريرُ بنُ حازمٍ روياه عن مُجالِدٍ عن الشَّعبيِّ عن جابرِ بنِ عبدِ الله عن النَّبيِّ ﷺ. وقولُهما أَثْبَتُ و أَشْبَهُ بالصَّواب.

ورواه ابنُ وَهْبٍ عن شِمْرِ بنِ نُميرٍ يُحدِّثُ عن حسين بن عبدِ الله عن أبيه عن جَدِّه عن عليٍّ أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((ما قتَلَتِ البَهائمُ فهو جُبَارٌ)).

أخرجه ابنُ عَدِيٍّ ٤/٤٤، ثمَّ قال: وأحاديثُ شِمْرٍ مُنكَرةٌ وهو يُحدِّثُ عن حسين بنِ عبدِ الله بنِ ضُميرةَ، والحسينُ: في جملةِ الضُّعفاء، وشِمْرٌ أحسَنُ حالاً مِن حسينٍ هذا، وإنْ كانت أحاديثُه مُنكَرةً.

ورواه فُضيلُ بن سليمانَ النُّميريُّ البَصريُّ حدَّثنا موسى بنُ عُقبةَ عن إسحاقَ بنِ يحيى بنِ الوليدِ بنِ عُبادةَ عن عُبادةَ بنِ الصّامتِ قال: ((إنَّ مِن قضاءِ رسولِ الله ﷺ: أنَّ المَعدِنَ جُبَارٌ، والبئرَ جُبَارٌ، والعَجْماءَ جُرْحُها جُبَارٌ ـ والعَجْماءُ: البهيمةُ مِن الأنعام وغيرِها، والجُبَارُ: هو الهَدَرُ الذي لا يُغرَّمُ ـ وقضَى في الرِّكازِ الخُمسَ ....)).

أخرجه وابنُ ماجَه (٢٦٧٥) في الدِّيات ـ باب الجُبَار، وعبدُ الله بنُ أحمدَ ٥/٣٢٦، وأبو عَوانةَ (٦٣٧٣)، وابنُ عَدِيٍّ ١/٣٤٠، و٦/١٩ ـ ٢٠. وفُضَيلُ بنُ سليمانَ: قال ابنُ مَعين: ليس بثقةٍ.

وإسحاقُ بنُ يحيى: قال البخاريُّ: أحاديثُه معروفةٌ، إلاّ أنَّ إسحاقَ لم يَلْقَ عُبادةَ، وقال ابنُ عَدِيٍّ: عامَّةُ أحاديثه غيرُ محفوظةٍ.

ورواه خالدُ بنُ مَخْلَدٍ عن كَثيرِ بنِ عبدِ الله بنِ عمرِو بنِ عَوْفٍ عن أبيه عن جَدِّه نحوَه.

أخرجه ابنُ ماجَه (٢٦٧٤)، وابنُ عَدِيٍّ ٦/٥٨ و٦٠، والطَّبرانيُّ ١٧/(٦).

وكَثيرٌ: قال أحمدُ: مُنكَرُ الحديث، ليس يَسْوَى شيئاً، وترَكَه، وقال ابنُ مَعين: ليس بشيءٍ، وكذَّبَه الشّافعيُّ وغيرُه، وقال ابنُ عَدِيٍّ: عامَّةُ ما يَرويه لا يُتابَعُ عليه.

ورواه عبدُ الله بنُ بَزيغٍ عن الحسن بنِ عُمارةَ عن الحكَمِ عن إبراهيمَ عن عَلقمةَ عن عبدِ الله عن النَّبيِّ ﷺ قال: ((العَجْماءُ والمَعدِنُ جُبَارٌ، والسّائمةُ جُبَارٌ، وفي الرِّكازِ الخُمسُ)).

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" ١٠/(١٠٠٣٩). والحسنُ بنُ عُمارةَ: متروكٌ.

بينما رواه أبو حنيفةَ رحمه الله: حدَّثنا حمّادُ [بنُ أبي سليمانَ] عن إبراهيمَ عن النَّبيِّ ﷺ به، وفيه: ((والرِّجْلُ جُبَارٌ)). أخرجه محمَّدُ بنُ الحسن الشَّيبانيُّ في "الحُجَّة على أهل المدينة" ١/٤٣٧ ـ ٤٤٠.

(أو) شرطاً (لإمكانِ الاستيفاءِ نحوُ: إنْ قَدِمَ زيدٌ) فعليَّ ما عليه مِن الدَّينِ، وهو معنى قولِهِ: (وهو) أي: والحالُ أنَّ زيداً (مكفولٌ عنه) أو مُضارِبُهُ، أو مُودَعُهُ، أو غاصِبُهُ جازَتِ الكفالةُ المتعلّقةُ بقُدومِهِ؛ لتوسُّلِهِ للأداءِ، (أو) شرطاً (لتعذُّرِهِ) أي: الاستيفاءِ (نحوُ: إنْ غابَ زيدٌ عن المِصْرِ) فعليَّ، ....

٢٦٥/٤ [٢٥٥٢٥] (قولُهُ: أو شرطاً لإمكانِ الاستيفاءِ إلخ) أي: لسُهولةِ تمكُّنِ الكفيلِ مِن استيفاءِ المالِ مِن الأصيلِ، قال في "الفتح"[1]: ((فإنَّ قُدومَهُ سببٌ مُوصِلٌ للاستيفاءِ مِنه)).

[٢٥٥٢٦] (قولُهُ: وهو معنى قولِهِ) أي: ما ذُكِرَ مِن كونِ التَّقديرِ ((فعليَّ ما عليه مِن الدَّينِ)) هو معنى قولِهِ: ((وهو مكفُولٌ عنه)).

[٢٥٥٢٧] (قولُهُ: أو مُضارِبُهُ) الضَّميرُ فيه وفيما بعدَهُ يرجِعُ إلى المكفُولِ عنه. اهـ "ح"[2]. وقد أفادَ أنَّه لا بدَّ أنْ يكونَ قُدومُ زيدٍ وسيلةً للأداءِ في الجملةِ وإنْ لم يكنْ أصيلاً، بخلافِ ما إذا كان أجنبيّاً مِن كلِّ وجهٍ، وهذا ما حقّقَهُ في "النَّهر"[3]، و"الرَّمليُّ" في حاشيةِ "البحر" ردّاً على ما فَهِمَهُ في "البحر"[4].

قلتُ: ومَن أمعَنَ النَّظرَ في كلامِ "البحر" لم يَجدْهُ مُخالِفاً لذلك، بل مرادُهُ ما ذُكِرَ، فإنَّه ذكَرَ أوَّلاً أنَّ كلامَ "القنية"[5] شاملٌ لكونِ زيدٍ أجنبيّاً، ثمَّ قال[6]: ((والحَقُّ أنَّه لا يلزَمُ أنْ يكونَ مكفُولاً عنه؛ لِما في "البدائع"[7]: لأنَّ قُدومَهُ وسيلةٌ إلى الأداءِ في الجملةِ؛ لجوازِ أنْ يكونَ مكفُولاً عنه أو مُضارِبَهُ[8])) اهـ. ثمَّ قال[9]: ((وعبارةُ "البدائعِ" أزالَتِ اللَّبْسَ وأوضحَتْ كلَّ تخمينٍ وحَدْسٍ)) اهـ. فهذا ظاهرٌ في أنَّه لم يُرِدِ الأجنبيَّ مِن كلِّ وجهٍ، تأمَّلْ.

---

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠١/٦.
(٢) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٤/أ بتصرف.
(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٧/أ ـ ب.
(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٩/٦.
(٥) "القنية": كتاب الكفالة ـ باب تعليق الكفالة إلخ ق١٥٦/أ ـ ب.
(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٩/٦ ـ ٢٤٠.
(٧) "البدائع": كتاب الكفالة ٤/٦.
(٨) في مطبوعة "البدائع": ((مُضاربةً))، ولعله خطأ.
(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٠/٦.

وأمثلتُهُ كثيرةٌ. فهذه جملةُ الشُّروطِ التي يَجُوزُ تعليقُ[1] الكفالةِ بها. ....

[٢٥٥٢٨] (قولُهُ: وأمثلتُهُ كثيرةٌ) مِنها ما في "الدِّراية": ((ضَمِنتُ كلَّ ما لَكَ على فُلان إنْ تَوِيَ، وكذا: إنْ ماتَ ولم يَدَعْ شيئاً فأنا ضامنٌ، وكذا: إنْ حَلَّ ما لَكَ على فُلانٍ ولم يُوافِكَ به فهو عليَّ، وإنْ حَلَّ ما لَكَ على فُلانٍ، أو: إنْ ماتَ فهو عليَّ)). وقدَّمنا عن "الخانيَّة"[2]: ((إنْ غابَ ولم أُوافِكَ به فأنا ضامنٌ لِما عليه، فهذا على أنْ يُوافِيَ به بعدَ الغَيبةِ)). وعن "محمَّدٍ": إنْ لم يدفَعْ مديُونُكَ، أو: إنْ لم يقضِهِ فهو عليَّ. ثمَّ إنَّ الطَّالبَ تقاضَى المطلُوبَ فقال المديُونُ: لا أدفعُهُ ولا أقضيهِ وجَبَ على الكفيلِ السّاعةَ. وعنه أيضاً: إنْ لم يُعطِكَ فأنا ضامنٌ، فماتَ قبلَ أنْ يتقاضاهُ ويعطيَهُ بطَلَ الضَّمانُ، ولو بعدَ التَّقاضي قال: أنا أُعطيكَ فإنْ أعطاهُ مكانَهُ أو ذهَبَ به إلى السُّوقِ أو منزلِهِ وأعطاهُ جازَ، وإنْ طالَ ذلك ولم يُعطِهِ لَزِمَ الكفيلَ. وفي "القنية"[3]: ((إنْ لم يُؤدِّ فُلانٌ ما لَكَ عليه إلى ستَّةِ أشهرٍ فأنا ضامنٌ له يَصِحُّ التَّعليقُ؛ لأنَّه شرطٌ مُتعارفٌ))، "نهر"[4].

قلتُ: ويقَعُ كثيراً في زمانِنا: إنْ راحَ لك شيءٌ عندَهُ فأنا ضامنٌ، وهذا معنى قولِهِ المارِّ[5]: ((إنْ تَوِيَ))، أي: هلَكَ، وسيأتي[6] في الحوالةِ أنَّ التَّوى عندَ "الإمامِ" لا يتحقَّقُ إلاّ بموتِهِ مُفلِساً.

(قولُهُ: مِنها ما في "الدِّراية": ضَمِنتُ كلَّ ما لَكَ على فُلانٍ إلخ) الأمثلةُ ليس كلٌّ مِنها فيه التَّعليقُ بشرطِ تعذُّرِ الاستيفاءِ، بل بعضُها كذلك وبعضُها لا، بل ليس مِن الأمورِ الثَّلاثةِ، وحينئذٍ يظهَرُ أنَّ المناسبَ إطلاقُ صحَّةِ التَّعليقِ بالمُلائمِ بدونِ تقييدِهِ بهذه الثَّلاثةِ.

---

(١) في "د": ((تعلُّق)).

(٢) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في نفس المكفول به ٣/٥٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "القنية": كتاب الكفالة ـ باب تعليق الكفالة بشرط إلخ ق١٥٦/ب، نقلاً عن برهان الدين صاحب "المحيط".

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٧/ب باختصار.

(٥) في هذه المقولة.

(٦) صـ٢٢٣ـ وما بعدها "در".

(ولا تَصِحُّ) إنْ عُلِّقتْ (بـ) غيرِ مُلائمٍ (نحـوِ: إنْ هبَّتِ الرِّيحُ أو جاءَ المطرُ) لأنَّه تعليقٌ بالخَطَرِ، فتبطُلُ ولا يلزَمُ المالُ، ....

مطلبٌ في تعليقِ الكفالةِ بشرطٍ غيرِ مُلائمٍ وفي تأجيلِها

[٢٥٥٢٩] (قولُهُ: ولا تَصِحُّ إنْ عُلِّقتْ بغيرِ مُلائمٍ إلخ) اعلَمْ أنَّ هاهنا مسألتين، إحداهما: تأجيلُ الكفالةِ إلى أجلٍ مجهُولٍ، فإنْ كان [٣/ق١٧١/ب] مجهُولاً جهالةً مُتفاحشةً كقولِهِ: كَفَلْتُ لك بزيدٍ، أو: كَفَلتُ بما لَكَ[1] عليه، إلى أنْ يهُبَّ الرِّيحُ، أو: إلى أنْ يجيءَ المطرُ لا يَصِحُّ، ولكنْ تثبُتُ الكفالةُ ويبطُلُ الأجلُ. ومثلُهُ: إلى قُدومِ زيدٍ وهو غيرُ مكفُولٍ به، وإنْ كان مجهُولاً جهالةً غيرَ مُتفاحشةٍ مثلَ: إلى الحصادِ، أوالدِّياسِ، أو المهرجانِ، أو العطاءِ، أو صومِ النَّصارى جازَتِ الكفالةُ والتّأجيلُ، وكذلك الحوالةُ. ومثلُهُ: إلى أنْ يَقدَمَ المكفُولُ به مِن سفرِهِ، صرَّحَ بذلك كلِّهِ في "كافي الحاكم"، وكذا في "الفتح"[2] وغيرِهِ بلا حكايةِ خلافٍ، وهذا لا نزاعَ فيه.

المسألةُ الثّانيةُ: تعليقُ الكفالةِ بالشَّرطِ، وهذا لا يخلُو إمّا أنْ يكونَ شرطاً مُلائماً أوْ لا، ففي الأوَّلِ تَصِحُّ الكفالةُ والتَّعليقُ وقد مرَّ[3]، وفي الثّاني ـ وهو التَّعليقُ بشرطٍ غيرِ مُلائمٍ مثلُ أنْ يقولَ: إذا هبَّت الرِّيحُ، أو: إذا جاءَ المطرُ، أو: إذا قَدِمَ فُلانٌ الأجنبيُّ فأنا كفيلٌ بنفسِ فُلانٍ، أو: بما لَكَ عليه ـ فالكفالةُ باطلةٌ كما نقلَهُ في "الفتح"[4] عن "المبسوط"[5] و"الخانيَّة"[6]، وصرَّحَ به أيضاً في "النِّهاية" و"المعراج" و"العناية"[7] و"شرح الوقاية"[8]، ومثلُهُ في "أجناس النّاطفيِّ" حيث قال: ((كلُّ موضعٍ أضافَ الضَّمانَ إلى ما هو سببٌ للزومِ المالِ فذلك جائزٌ، وكلُّ موضعٍ

---

(١) في "م": ((بعله))، وهو خطأ.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٢/٦.

(٣) المقولة [٢٥٥١٦] قوله: ((أو عُلِّقتْ بشرطٍ صريحٍ)) وما بعدها.

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٢/٦.

(٥) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بما لا يجوز ١٠٣/٢٠ بتصرف.

(٦) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ٥٣/٣ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "العناية": كتاب الكفالة ٣٠٢/٦ (هامش "فتح القدير").

(٨) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة ٥٢/٢ (هامش "كشف الحقائق").

....

أضافَ الضَّمانَ إلى ما ليس بسببٍ للُّزومِ فذلك الضَّمانُ[١] باطلٌ كقولِهِ: إنْ هبَّتِ الرِّيحُ فما لَكَ على فُلانٍ فعليَّ)) اهـ. وجزَمَ بذلك "الزَّيلعيُّ"[٢] وصاحبُ "البحرِ"[٣] و"النَّهرِ"[٤] و"المنحِ"[٥]، ولكنْ وقَعَ في كثيرٍ مِن الكتبِ أنَّه يبطُلُ التَّعليقُ وتَصِحُّ الكفالةُ ويلزَمُ المالُ حالاً، مِنها: "حاشية الهداية[٦] للخبّازيِّ" و"غاية البيان" وكذا "الكفاية" لـ"البيهقيِّ" حيثُ قال: ((فإنْ قال: إذا هبَّتِ الرِّيحُ، أو: دخَلَ زيدٌ الدّارَ فالكفالةُ جائزةٌ والشَّرطُ باطلٌ والمالُ حالٌّ))، وكذا في "شرح العيون لأبي اللَّيث"[٧] و"المختار"[٨]. ووقَعَ اختلافٌ في نُسَخِ "الهداية" ونُسَخِ "الكنز"، ففي بعضِها كالأوَّلِ، وفي بعضِها كالثّاني[٩]، وقد مالَ إلى الثّاني العلاّمةُ "الطَّرَسوسيُّ" في "أنفع الوسائل"[١٠] وأرجَعَ ما مرَّ[١١] عن "الخانيَّة" وغيرِها إليه. ورَدَّ عليه العلاّمةُ "الشُّرنُبلاليُّ" في رسالةٍ خاصَّةٍ[١٢] وادَّعى أنَّ ما في "الخبّازيَّة"[١٣] مُؤوَّلٌ وأرجعَهُ إلى ما في "الخانيَّة" وغيرِها، وردَّ أيضاً[١٤] على قولِ "الدُّرر"[١٥]: ((إنَّ في المسألةِ قولين)).

---

(١) ((الضمان)) ليست في "م".

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٥٤.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٠ ـ ٢٤١.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٧/ب.

(٥) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٦/ب.

(٦) وهي حواشٍ لأبي محمد عمر بن محمد الخَبّازيّ (ت٦٩١هـ)، وتقدمت ترجمتها ١/٣٧٤.

(٧) المسمى "حصر المسائل وقصر الدلائل" لأبي الفتح محمد بن عبد الحميد، علاء الدين الأُسْمَنْديّ السمرقندي المعروف بالعلاء العالم (ت٥٥٢هـ) وهو شرح "عيون المسائل" لأبي الليث السمرقنديّ (ت٣٧٣هـ). انظر "كشف الظنون" ٢/١١٨٧، "الجواهر المضية" ٣/٢٠٨، "الأعلام" ٦/١٨٧.

(٨) انظر "الاختيار": كتاب الكفالة ٢/١٧١.

(٩) الذي في نسختنا من "الهداية" و"الكنز" هو القول الثاني. انظر "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٩٠، و"شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٢/٧٢.

(١٠) "أنفع الوسائل": مسألة الكفالة المعلَّقة بالشرط وتحرير الكلام فيها صـ٢٧٩ ـ ٢٨٠ـ.

(١١) في هذه المقولة.

(١٢) هي الرسالة السادسة والثلاثون المسماة: "بسط المقالة في تحقيق تأجيل وتعليق الكفالة" ق٢٣١/ب (ضمن "رسائل الشرنبلالي"). ("إيضاح المكنون" ١/١٨٢، "فهرس مخطوطات الظاهرية" ـ الفقه الحنفي ١/١٧٤).

(١٣) في "الأصل": (("الخانية"))، وهو تحريف.

(١٤) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٢/٢٩٩ (هامش "الدرر والغرر").

(١٥) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٩ بتصرف.

وما في "الهداية" سَهْوٌ كما حرَّرَهُ "ابنُ الكمالِ". نَعَمْ لو جعلَهُ أجَلاً صحَّتْ ولَزِمَ المالُ للحالِ، فليُحفظْ. (ولا) تَصِحُّ أيضاً (بجهالةِ المكفُولِ عنه)..................

أقولُ: والإنصافُ ما في "الدُّرر"؛ لأنَّ ارتكابَ تأويلِ هذه العباراتِ وإرجاعَ بعضِها إلى البعضِ يحتاجُ إلى نهايةِ التَّكلُّفِ والتَّعسُّفِ، والأَولى اتِّباعُ ما مَشَى عليه جمهورُ "شرّاح الهداية"[1] و"شرّاح الكنز"[2] وغيرُهم تَبَعاً لـ"المبسوط" و"الخانيَّة" مِن بُطلانِ الكفالةِ.

[٢٥٥٣٠] (قولُهُ: وما في "الهداية") حيث قال: ((لا يَصِحُّ التَّعليقُ بمجرَّدِ الشَّرطِ كقولِهِ: إنْ هبَّتِ الرِّيحُ أو جاءَ المطرُ، إلاّ أنَّه تَصِحُّ الكفالةُ ويَجبُ المالُ حالاًّ؛ لأنَّ الكفالةَ لَمّا صحَّ تعليقُها بالشَّرطِ لا تبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ كالطَّلاقِ والعِتاقِ))، وتَبِعَهُ صاحبُ "الكافي"، لكنْ في بعضِ نُسَخِ "الهداية"[3] بعدَ قولِهِ: ((أو جاءَ المطرُ)): ((وكذا إذا جعَلَ واحداً مِنها أجلاً))، وحينئذٍ فقولُهُ: ((إلاّ أنَّه تَصِحُّ الكفالةُ إلخ)) راجعٌ إلى مسألةِ الأجلِ فقط، ولا يُنافيهِ قولُهُ: ((لأنَّ الكفالةَ لَمّا صحَّ تعليقُها بالشَّرطِ إلخ))؛ لأنَّ المرادَ به الشَّرطُ المُلائمُ، وقد أطالَ الكلامَ على تأويلِ عبارةِ "الهداية" في "البحر"[4] و"النَّهر"[5] وغيرِهما.

٢٦٦/٤

[٢٥٥٣١] (قولُهُ: نَعَمْ لو جعَلَهُ أجَلاً) أي: بأنْ قال: إلى هُبُوبِ الرِّيحِ أو مَجيءِ المطرِ ونحوَهُ مِمّا هو مجهُولٌ جهالةً مُتفاحشةً، فيبطُلُ التَّأجيلُ وتَصِحُّ الكفالةُ، بخلافِ ما كانت جهالتُهُ غيرَ مُتفاحشةٍ كالحصادِ ونحوِهِ، فإنَّها تَصِحُّ إلى الأجلِ كما قدَّمناهُ[6] آنفاً.

(قولُهُ: والإنصافُ ما في "الدُّرر"؛ لأنَّ ارتكابَ تأويلِ هذه العباراتِ وإرجاعَ بعضِها إلى البعضِ يحتاجُ إلى نهايةِ التَّكلُّفِ إلخ) لا يظهَرُ وجهٌ للقولِ بصحَّةِ الكفالةِ وبطلانِ التَّعليقِ، فإنَّه يُخرِجُ العِلَّةَ عن العِلِّيَّةِ، فالمتعيِّنُ إرجاعُ الثّاني إلى الأوَّلِ.

---

(١) انظر كتاب الكفالة في "البناية": ٥٦٢/٧، و"الفتح": ٣٠٢/٦، و"العناية": ٣٠١/٦، و"الكفاية": ٣٠٢/٦ - ٣٠٣.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٧٢/٢، و"تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٥٤/٤، و"البحر": كتاب الكفالة ٢٤١/٦.

(٣) ومنها النسخة التي بين أيدينا: كتاب الكفالة ٩٠/٣.

(٤) انظر "البحر": كتاب الكفالة ٢٤١/٦.

(٥) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٧/ب.

(٦) المقولة [٢٥٥٢٩] قوله: ((ولا تَصِحُّ إنْ عُلِّقتْ بغيرِ مُلائمٍ إلخ)).

في تعليقٍ وإضافةٍ، لا تخييرٍ كـ: كَفَلتُ بما لَكَ على فُلانٍ أو فُلانٍ فتَصِحُّ، ....

[٢٥٥٣٢] (قولُهُ: في تعليقٍ) نحوُ: إنْ غصَبَكَ إنسانٌ شيئاً فأنا كفيلٌ. اهـ "ح"[١]. ويُستثنى مِنه ما سيأتي متناً آخرَ البابِ[٢]، وهو ما لو قال له: اسلُكْ هذا الطَّريقَ إلخ، وسيأتي[٣] بيانُهُ.

[٢٥٥٣٣] (قولُهُ: وإضافةٍ) نحوُ: ما ذابَ لك على النّاسِ فعليَّ. اهـ "ح"[٤]. وقد صرَّحَ أيضاً في "الفتح"[٥]: ((بأنَّه مِن جهالةِ المضمُونِ في الإضافةِ)).

قلتُ: ووجهُهُ أنَّ ((ما ذابَ)) ماضٍ أُريدَ به المستقبَلُ كما يأتي[٦]، فكان مُضافاً إلى المستقبَلِ معنًى، وعن هذا جعَلَ في [٣/ق١٧٢/أ] "الفصول العماديَّة" المعلَّقَ مِن المضافِ؛ لأنَّ المعلَّقَ واقعٌ في المستقبَلِ أيضاً. وقدَّمنا[٧] أنَّه في "الهداية" جعَلَ: ((ما بايعتَ فُلاناً)) مِن المعلَّقِ؛ لأنَّه في حُكمِهِ مِن حيثُ وقُوعُ كلٍّ مِنهما في المستقبَلِ، وبه ظهَرَ أنَّ كلاً مِنهما يُطلَقُ على الآخَرِ نظراً إلى المعنى، وأمّا بالنَّظرِ إلى اللَّفظِ فما صُرِّحَ فيه بأداةِ الشَّرطِ فهو مُعلَّقٌ وغيرُهُ مُضافٌ، وهو الأوضحُ، فلذا غايرَ بينَهما تَبَعاً لـ"الفتح"، فافهمْ.

[٢٥٥٣٤] (قولُهُ: لا تخييرٍ) بالخاءِ المعجمةِ، وسَمّاهُ تخييراً لكونِ المكفُولِ[٨] له مُخيَّراً كما ذكَرَهُ، لكنَّ الواقعَ في عبارةِ "الفتح"[٩] وغيرِهِ: ((تنجيز)) بالجيمِ والزّاي، وهو الأصوبُ؛ لأنَّ المرادَ به الحالُ المقابلُ للتَّعليقِ والإضافةِ المرادِ بهما المستقبَلُ، ووجهُ جوازِ جهالةِ المكفُولِ عنه في التَّنجيزِ دونَ التَّعليقِ ـ كما في "الفتح"[٩] ـ: ((أنَّ القياسَ يأبَى جوازَ إضافةِ الكفالةِ؛ لأنَّها تمليكٌ

---

(١) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٤/ب.

(٢) صـ١٨٢ـ "در".

(٣) المقولة [٢٥٧٣٩] قوله: ((فإنَّه أمنٌ)) وما بعدها.

(٤) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٤/ب باختصار.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠.

(٦) المقولة [٢٥٥٤١] قوله: ((أي: ما ثبتَ)).

(٧) المقولة [٢٥٥١٦] قوله: ((أو عُلِّقتْ بشرطٍ صريحٍ)).

(٨) ((المكفول)) ساقطة من "الأصل".

(٩) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠.

والتَّعيينُ للمكفُولِ له؛ لأنَّه صاحبُ الحَقِّ، (ولا بجهالةِ المكفُولِ له) وبه ....

في حَقِّ الطَّالبِ، وإنَّما جُـوِّزَتِ استحسـاناً للتَّعـاملِ، والتَّعـاملُ فيمـا إذا كـان المكفُـولُ عنـه معلُوماً، فبقيَ المجهُولُ على القياسِ)).

[٢٥٥٣٥] (قولُهُ: والتَّعيينُ للمكفُولِ له؛ لأنَّه صاحبُ الحَقِّ) كذا في "البحر"[(١)] عندَ قولِـهِ: ((وبالمالِ ولو مجهُولاً))، وتَبِعَهُ في "النَّهر"[(٢)]، لكنْ جعَلَ في "الفتح"[(٣)] الخِيـارَ للكفيـلِ، ونصُّـهُ: ((ولو قال لرجلٍ[(٤)]: كَفَلْتُ بما لَكَ على فُلانٍ أو ما لَكَ علـى فُـلانٍ رجـلٍ آخَـرَ جـازَ؛ لأنَّهـا جهالةُ المكفُولِ عنه في غيرِ تعليقٍ، ويكونُ الخِيارُ للكفيلِ)) اهـ. ومثلُـهُ مـا في "كـافي الحـاكم": ((لو قال: أنا كفيلٌ بفُلانٍ أو فُلانٍ كان جائزاً يدفَعُ أيَّهما شاءَ الكفيلُ فيبرَأُ عن الكفالةِ))، ثـمَّ قال: ((وإذا كفَلَ بنفسِ رجلٍ أو بما عليه وهو مائةُ درهمٍ كـان جـائزاً، وكـان عليـه أيُّ ذلـك شاءَ الكفيلُ، وأيَّهما دفَعَ فهو بريءٌ)) اهـ. وبه عُلِمَ أنَّ ما هنا قولٌ آخَرُ أو سَبْقُ قلمٍ.

[٢٥٥٣٦] (قولُهُ: ولا بجهالةِ المكفُولِ له) يُستثنَى مِنه الكفالةُ في شِرْكةِ المفاوضةِ، فإنَّها تَصِحُّ مع جهالةِ المكفُولِ له؛ لثُبُوتِها ضمناً لا صريحاً كما ذكَرَهُ في "الفتح"[(٥)] مِن كتابِ الشِّرْكةِ.

[٢٥٥٣٧] (قولُهُ: وبه) أي: ولا تَصِحُّ بجهالةِ المكفُولِ به، والمرادُ هنا النَّفسُ لا المالُ؛ لِما تقـدَّمَ[(٦)] مِن أنَّ جهالةَ المالِ غيرُ مانعةٍ مِن صحَّةِ الكفالةِ، والقرينةُ على ذلك الاستدراكُ. اهـ "ح"[(٧)].

قلتُ: والظَّاهرُ أنَّ المانعَ هنا جهالةٌ مُتفاحشةٌ لِما عَلِمتَ آنفاً مِن قولِ "الكـافي": ((لـو قال: أنا كفيلٌ بفُلانٍ أو فُلانٍ جازَ))، تأمَّلْ.

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٥.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/ب.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠.

(٤) في النسخ جميعها: ((رجلٌ))، وما أثبتناه من "الفتح".

(٥) "الفتح": كتاب الشركة ـ فصل: لا تنعقد الشركة إلخ ٥/٣٩٦.

(٦) صـ٧٤ـ وما بعدها "در".

(٧) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٤/ب.

مُطلقاً. نَعَمْ لو قال: كَفَلتُ رجلاً أعرِفُهُ بوجهِهِ لا باسمِهِ جازَ، وأيُّ رجلٍ أتى به وحلَفَ أنَّه هو بَرِئَ، "بزّازيَّة"[١]. وفي "السِّراجيَّة"[٢]: ((قال لضيفِهِ وهو يخافُ على دابَّتِهِ مِن الذِّئبِ: إنْ أكَلَ الذِّئبُ حمارَكَ فأنا ضامنٌ فأكَلَهُ الذِّئبُ لم يَضمَنْ)) (نحوُ: ما ذابَ) أي: ما ثبَتَ (لك على النّاسِ أو) على (أحدٍ مِنهم فعليَّ) ....

[٢٥٥٣٨] (قولُهُ: مُطلقاً) أي: سواءٌ كانت في تعليقٍ، أو إضافةٍ، أو تنجيزٍ، قال في "الفتح"[٣]: ((والحاصلُ أنَّ جهالةَ المكفُولِ له تَمنَعُ صحَّةَ الكفالةِ مُطلقاً، وجهالةَ المكفُولِ به لا تَمنَعُها مُطلقاً، وجهالةَ المكفُولِ عنه في التَّعليقِ والإضافةِ تَمنَعُ صحَّةَ الكفالةِ، وفي التَّنجيزِ لا تَمنَعُ)) اهـ. ومرادُهُ بالمكفُولِ به المالُ عكسَ ما في "الشَّرح".

[٢٥٥٣٩] (قولُهُ: جازَ) لأنَّ الجهالةَ في الإقرارِ لا تَمنَعُ صحَّتَهُ، "بحر"[٤] عن "البزّازيَّة"[٥]. وذكَرَ[٦] عنها[٧] أيضاً: ((لو شَهِدا[٨] على رجلٍ أنَّه كفَلَ بنفسِ رجلٍ نعرِفُهُ[٩] بوجهِهِ إنْ جاءَ به لكنْ لا نعرِفُهُ باسمِهِ جازَ)).

[٢٥٥٤٠] (قولُهُ: لم يَضمَنْ) لأنَّ فعلَهُ جُبَارٌ كما مرَّ[١٠] في: ((إنْ أكَلَكَ سبعٌ)).

[٢٥٥٤١] (قولُهُ: أي: ما ثبَتَ) قال في "المنصوريَّة"[١١]: ((الذَّوْبُ واللُّزومُ يُرادُ بهما القضاءُ، فما لم يُقْضَ بالمكفُولِ به بعدَ الكفالةِ على المكفُولِ عنه لا يلزَمُ الكفيلَ، وهذا في غيرِ

---

(١) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الخامس في تكفيل الحاكم ٢٣/٦ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى السراجية": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالمال ٣٢٥/٢ (هامش "الفتاوى الخانية").

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٠/٦.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٥) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الخامس في تكفيل الحاكم ٢٣/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٧) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الخامس في تكفيل الحاكم ٢٣/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) في "م": ((شهد))، وهو تحريف.

(٩) في مطبوعة "البزازية": ((يعرفه)) بالياء.

(١٠) المقولة [٢٥٥٢٤] قوله: ((بخلافِ إنْ أكَلَكَ سبعٌ)).

(١١) تقدمت ترجمتها ٥٣٦/١.

مثالٌ للأوَّلِ، ونحوُهُ: ما بايعتَ به أحداً مِن النّاسِ، "معين المفتي"[١] (أو: ما ذابَ) عليكَ (للنّاسِ أو لأحدٍ مِنهم عليك فعليَّ) مثالٌ للثّاني، (ولا) تَصِحُّ (بنفسِ حَدٍّ وقِصاصٍ) لأنَّ النِّيابةَ لا تجري في العُقوباتِ، (ولا بحملِ دابَّةٍ مُعيَّنةٍ مُستأجَرةٍ له، وخدمةِ عبدٍ مُعيَّنٍ مُستأجَرٍ لها) أي: للخدمةِ؛ ....

عُرْفِ أهلِ الكوفةِ، أمّا عُرْفُنا فالذَّوْبُ واللُّزومُ عبارةٌ عن الوُجُوبِ فيَجبُ المالُ وإنْ لم يُقْضَ به)). اهـ "ط"[٢]. وهذا ـ أي: ما ذابَ ـ ماضٍ أُريدَ به المستقبَلُ كما في "الهداية"[٣]، وسيذكرُهُ "الشّارحُ"[٤] أيضاً، أي: لأنَّه في معنى الشَّرطِ كما تقدَّمَ[٥]، فلا يلزَمُ الكفيلَ ما لم يُقْضَ به على الأصيلِ بعدَ الكفالةِ، لكنَّه هنا لا يلزَمُهُ شيءٌ؛ لجهالةِ المكفُولِ عنه.

[٢٥٥٤٢] (قولُهُ: مثالٌ للأوَّلِ) وهو جهالةِ المكفُولِ عنه.

[٢٥٥٤٣] (قولُهُ: ونحوُهُ: ما بايعتَ إلخ) أي: هو مثالٌ للأوَّلِ أيضاً.

[٢٥٥٤٤] (قولُهُ: مثالٌ للثّاني) أي: جهالةِ المكفُولِ له.

[٢٥٥٤٥] (قولُهُ: ولا تَصِحُّ بنفسِ حَدٍّ وقِصاصٍ) أمّا لو كفَلَ بنفسِ مَن عليه الحَدُّ تَصِحُّ، لكنَّ هذا في الحُدودِ التي فيها للعبادِ حَقٌّ كحَدِّ القذفِ، بخلافِ الحُدودِ الخالصةِ كما تقدَّمَ[٦] بيانُهُ.

[٢٥٥٤٦] (قولُهُ: مُستأجَرةٍ له) أي: للحملِ.

(قولُهُ: فلا يلزَمُ الكفيلَ ما لم يُقْضَ إلخ) إنَّما يظهَرُ على الأوَّلِ لا الثّاني.

---

(١) في "ب" و"م": ((الفتوى)) وما أثبتناه من "د" و"و" هو الاسم الذي عرف به الكتاب للمصنف التمرتاشي كما في مصادر ترجمته، واسم الكتاب كاملاً "معين المفتي على جواب المستفتي". انظر "كشف الظنون" ١٧٤٦/٢ و"خلاصة الأثر" ١٨/٤.

(٢) "ط": كتاب الكفالة ١٥٣/٣.

(٣) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٠/٣.

(٤) في هذه الصحيفة "در".

(٥) المقولة [٢٥٥٣٣] قوله: ((وإضافةٍ)).

(٦) المقولة [٢٥٤٦١] قوله: ((وظاهرُ كلامِهم)) وما بعدها.

لأنَّه يلزَمُ تغييرُ المعقُودِ عليه ـ بخلافِ غيرِ المُعيَّنِ؛ لوُجوبِ مُطلقِ الفعلِ ـ لا التَّسليمُ، (ولا بمبيعٍ) قبلَ قَبْضِهِ (ومرهُونٍ وأمانةٍ) بأعيانِها، ....

[٢٥٥٤٧] (قولُهُ: لأنَّه يلزَمُ إلخ) قال في "الدُّرر"[١]: ((لأنَّه [٣/ق١٧٢/ب] استُحِقَّ عليه الحملُ على دابَّةٍ مُعيَّنةٍ، والكفيلُ لو أعطَى دابَّةً مِن عندِهِ لا يستَحِقُّ الأُجرةَ؛ لأنَّه أتَى بغيرِ المعقُودِ عليه، ألا يُرَى[٢] أنَّ المؤجِّرَ لو حمَلَهُ على دابَّةٍ أُخرى لا يستَحِقُّ الأُجرةَ فصار عاجزاً ضرورةً، وكذا العبدُ للخِدمةِ، بخلافِ ما إذا كانتِ الدَّابَّةُ غيرَ مُعيَّنةٍ؛ لأنَّ الواجبَ على المؤجِّرِ الحملُ مُطلقاً، والكفيلُ يَقْدِرُ عليه بأنْ يحمِلَ على دابَّةِ نفسِهِ)) اهـ. ٤/٢٦٧

[٢٥٥٤٨] (قولُهُ: لا التَّسليمُ) لأنَّه لو كان الواجبُ التَّسليمَ لَزِمَ صحَّةُ الكفالةِ في المعيَّنةِ أيضاً؛ لأنَّ الكفالةَ بتسليمِها صحيحةٌ كما يأتي[٣].

[٢٥٥٤٩] (قولُهُ: ولا بمبيعٍ قَبْلَ قَبْضِهِ) بأنْ يقولَ للمشتري: إنْ هلَكَ المبيعُ فعليَّ، "درر"[٤]؛ لأنَّ ماليَّتَهُ غيرُ مضمُونةٍ على الأصيلِ، فإنَّه لو هلَكَ ينفسِخُ البيعُ ويَجِبُ رَدُّ الثَّمنِ كما ذكَرَهُ "صدرُ الشَّريعة"[٥].

[٢٥٥٥٠] (قولُهُ: ومرهُونٍ وأمانةٍ) اعلَمْ أنَّ الأعيانَ إمَّا مضمُونةٌ على الأصيلِ أو أمانةٌ، فالثَّاني كالوديعةِ، ومالِ المضاربةِ، والشِّركةِ، والعاريَةِ، والمستأجَرِ في يدِ المستأجِرِ، والمضمُونةُ إمَّا بغيرِها كالمبيعِ قَبْلَ القَبْضِ، والرَّهنِ، فإنَّهما مضمُونانِ بالثَّمنِ والدَّينِ، وإمَّا بنفسِها كالمبيعِ فاسداً والمقبُوضِ على سَوْمِ الشِّراءِ، والمغصُوبِ، ونحوِهِ مِمَّا تَجِبُ قيمتُهُ عندَ الهلاكِ، وهذا تَصِحُّ الكفالةُ به

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٠/٢.

(٢) في "م": ((ألا ترى)).

(٣) صـ١٠٧ـ "در".

(٤) كذا في النسخ جميعها، ولم نعثر على النقل في "الدرر والغرر"، وعزاه ابنُ عابدين رحمه الله في مسوَّدته إلى "النهر"، والمسألة فيه: كتاب الكفالة ق٤١٩/ب.

(٥) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة ٥٤/٢ (هامش "كشف الحقائق").

فلو بتسليمِها صحَّ في الكلِّ، "درر"[(١)]. ورجَّحَهُ "الكمالُ"[(٢)]. ....

كما يذكرُهُ "المصنِّفُ"[(٣)] دونَ الأَوَّلينِ لفقْدِ شرطِها، وهو أنْ يكونَ المكفُولُ مضمُوناً على الأصيلِ لا يَخرُجُ عنه إلاّ بدَفْعِ عينِهِ أو بدلِهِ، هذا خلاصةُ ما في "البحر"[(٤)] وغيرِهِ.

[٢٥٥٥١] (قولُهُ: فلو بتسليمِها صحَّ في الكلِّ) أي: في الأماناتِ، والمبيعِ، والمرهُونِ، فإذا كانت قائمةً وجَبَ تسليمُها، وإنْ هلَكَتْ لم يَجِبْ على الكفيلِ شيءٌ كالكفيلِ بالنَّفسِ، وقيل: إنْ وجَبَ تسليمُها على الأصيلِ كالعاريَةِ والإجارةِ جازَتِ الكفالةُ بتسليمِها وإلاّ فلا، "درر"[(٥)]. أي: وإنْ لم يَجِبْ تسليمُها على الأصيلِ كالوديعةِ، ومالِ المُضاربةِ، والشِّرْكةِ فلا تَجُوزُ؛ لأنَّ الواجبَ عليه عَدَمُ المنعِ عندَ الطَّلبِ لا الرَّدُّ، وهذا التَّفصيلُ جزَمَ به "شرّاحُ الهداية"[(٦)].

[٢٥٥٥٢] (قولُهُ: ورجَّحَهُ "الكمالُ") أي: رجَّحَ ما في "الدُّرر" مِن صحَّتِها في تسليمِ الأماناتِ كغيرِها، وحاصلُ ما ذكَرَهُ: ((الوجهُ عندي صحَّةُ الكفالةِ بتسليمِ الأمانةِ؛ إذ لا شكَّ في وُجوبِ رَدِّها عندَ الطَّلبِ، غيرَ أنَّه في الوديعةِ وأخويها يكونُ بالتَّخليةِ، وفي غيرِها بحملِ المردُودِ إلى ربِّهِ، قال في "الذَّخيرة": الكفالةُ بتمكينِ المودِعِ مِن الأخْذِ صحيحةٌ)) اهـ. وما ذكَرَهُ "السَّرَخْسيُّ"[(٧)]: ((مِن أنَّ الكفالةَ بتسليمِ العاريَةِ باطلةٌ)) فهو باطلٌ؛ لِما في "الجامع الصَّغير"[(٨)] و"المبسوط" أنَّها صحيحةٌ، ونصَّ "القُدُوريُّ"[(٩)]: ((أنَّها بتسليمِ المبيعِ جائزةٌ))، وأقرَّهُ في "الفتح"[(١٠)]،

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠١ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣١٣.

(٣) صـ١١٠ـ "در".

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٥٠.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠١.

(٦) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣١٣، و"العناية": كتاب الكفالة ٦/٣١٢ (هامش "فتح القدير").

(٧) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بما لا يجوز ٢٠/١٠٢ بتصرف.

(٨) لم نعثر عليها في مظانها من مطبوعة "الجامع الصغير" التي بين أيدينا.

(٩) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب الكفالة ٢/١٥٣ بتصرف.

(١٠) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣١٣.

فلو هلَكَ المستأجَرُ مثلاً لا شيءَ عليه كـ: كفيلِ النَّفسِ، (وصحَّ) أيضاً (لو) المكفُولُ به (ثَمَناً) لكونِهِ دَيناً صحيحاً على المشتري، ....

وانتصَرَ له في "العناية"[١]: ((بأنّه لعلَّهُ اطَّلَعَ على روايةٍ أقوى مِن ذلك فاختارَها))، واعترضَهُ في "النَّهر"[٢]: ((بأنَّه أمرٌ موهُومٌ))، قال في "البحر"[٣]: ((ورَدُّهُ على "السَّرَخْسيِّ" مأخُوذٌ مِن "معراج الدِّراية"، ويساعدُهُ قولُ "الزَّيلعيِّ"[٤]: ويَجُوزُ في الكلِّ أنْ يتكفَّلَ بتسليمِ العينِ مضمُونةً أو أمانةً، وقيل: إنْ كان تسليمُهُ واجباً على الأصيلِ كالعاريَةِ والإجارةِ جازَ وإلاَّ فلا، فأفادَ أنَّ التَّفصيلَ بينَ أمانةٍ وأمانةٍ ضعيفٌ)) اهـ.

[٢٥٥٥٣] (قولُهُ: فلو هلَكَ المستأجَرُ) بفتحِ الجيمِ، قال في "الفتح"[٥]: ((ولو عجَزَ ـ أي: عن التَّسليمِ ـ بأنْ ماتَ العبدُ المبيعُ، أو المستأجَرُ، أو الرَّهنُ انفسَخَتِ الكفالةُ على وزانِ كفالةِ النَّفسِ)).

[٢٥٥٥٤] (قولُهُ: وصحَّ لو ثَمَناً) أي: صحَّ تكفُّلُهُ الثَّمَنَ عن المشتري. واحترَزَ به عن تكفُّلِ المبيعِ عن البائعِ فإنَّه لا يَصِحُّ؛ لأنَّه مضمُونٌ بغيرِهِ وهو الثَّمَنُ كما تقدَّمَ[٦]. والمرادُ بقولِهِ: ((لو ثَمَناً)) أي: ثَمَنَ مبيعٍ بَيعاً صحيحاً؛ لِما في "النَّهر"[٧] عن "التَّتارخانيَّة"[٨]: ((لو ظهَرَ فسادُ البيعِ رجَعَ الكفيلُ بما أدّاهُ على البائعِ، وإنْ شاءَ على المشتري، ولو فسَدَ بعدَ صحَّتِهِ بأنْ ألحَقا به شرطاً فاسداً فالرُّجوعُ للمشتري على البائعِ، يعني: والكفيلُ يرجعُ بما أدّاهُ على المشتري،

---

(١) "العناية": كتاب الكفالة ٣١٢/٦ (هامش "فتح القدير").

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٩/ب.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٠/٦ ـ ٢٥١.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٥٨/٤ باختصار.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٣/٦.

(٦) المقولة [٢٥٥٠٦] قوله: ((أي: إنْ بايعتَهُ فعليَّ، لا: ما اشتريتَهُ)).

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٩/ب.

(٨) "التاترخانية": كتاب الكفالة والضمان ـ الفصل الثاني عشر في الكفالة تبطل عن الكفيل إلخ ٤/ق٢١٦/أ باختصار.

إلاّ أنْ يكونَ صبيّاً محجُوراً عليه فلا يلزَمُ الكفيلَ تَبَعاً للأصيلِ، "خانيَّة"[١]. ....

وكأنَّ الفرقَ بينَهما أنَّه بظُهورِ الفسادِ تبيَّنَ أنَّ البائعَ أخذَ شيئاً لايستحِقُّهُ فيرجعُ الكفيلُ عليه، وإنْ ألحَقا به شرطاً فاسداً لم يتبيَّنْ أنَّ البائعَ حينَ [٣/ق١٧٣/أ] قبَضَهُ قَبَضَ شيئاً لا يستحِقُّهُ)) اهـ. وفيه[٢] أيضاً: ((وقالوا: لو استُحِقَّ المبيعُ بَرِئَ الكفيلُ بالثَّمَنِ ولو كانتِ الكفالةُ لغريمِ البائعِ، ولو رُدَّ عليه بعيبٍ بقضاءٍ أو بغيرِهِ، أو بخيارِ رؤيةٍ أو شرطٍ بَرِئَ الكفيلُ إلاّ أنْ تكونَ الكفالةُ لغريمٍ فلا يبرأُ. والفرقُ بينَهما فيما يظهَرُ أنَّه مع الاستحقاق تبيَّنَ أنَّ الثَّمَنَ غيرُ واجبٍ على المشتري، وفي الرَّدِّ بالعيبِ ونحوِهِ وجَبَ المسقط بعدَ ما تعلَّقَ حَقُّ الغريمِ به، فلا يسري عليه)) اهـ.

[٢٥٥٥٥] (قولُهُ: إلاّ أنْ يكونَ إلخ) قال في "النَّهر"[٢]: ((وقدَّمنا أنَّه لو كفَلَ عن صبيٍّ ثَمَنَ مَتاعٍ اشتراهُ لا يلزَمُ الكفيلَ شيءٌ، ولو كفَلَ بالدَّرَكِ بعدَ قَبْضِ الصَّبيِّ الثَّمَنَ لا يَجُوزُ، وإنْ قبلَهُ جازَ)) اهـ. ومسألةُ الدَّرَكِ فيما لو كان الصَّبيُّ بائعاً، وهو الذي قدَّمَهُ في "النَّهر"[٣] عندَ قولِ "الكنز": ((إذا كان دَيناً صحيحاً)).

(قولُهُ: لم يتبيَّنْ أنَّ البائعَ حينَ قبَضَهُ قَبَضَ شيئاً لا يستحِقُّهُ) يُفيدُ أنَّ إلحاقَ الشَّرطِ بعدَ قَبْضِ البائعِ الثَّمَنَ مِن الكفيلِ، وأنَّه لو أُلْحِقَ قبلَ قَبْضِهِ يكونُ للكفيلِ الرُّجوعُ على البائعِ.

(قولُهُ: ولو كفَلَ بالدَّرَكِ بعدَ قَبْضِ الصَّبيِّ الثَّمَنَ لا يَجُوزُ إلخ) علَّلَهُ في "البحر" نقلاً عن "الخانيَّة" بقولِهِ: ((لكونِهِ كفَلَ بما ليس بمضمُونٍ على الأصيلِ)) اهـ. مع أنَّ هذه العِلَّةَ موجُودةٌ فيما لو كفَلَ قبلَ قَبْضِهِ الثَّمَنَ. ولعلَّ وجهَها أنْ يُجعَلَ الضّامنُ مُستقرضاً مِن الدّافعِ، والصَّبيُّ نائبٌ عنه في القَبْضِ اهـ. ثُمَّ رأيتُ "السِّنديَّ" نقَلَ المسألةَ عن "قاضيخان" قبيلَ كفالةِ الرَّجلينِ وعلَّلَها بما ذكَرنا.

---

(١) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٣/٦٧ بتصرف.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٩/ب.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/أ.

(و) كذا لو (مغصُوباً أو مقبُوضاً على سَوْمِ الشِّراءِ) إنْ سُمِّيَ الثَّمَنُ وإلاّ فهو أمانةٌ كما مرَّ[1]، (ومَبيعاً فاسِداً) وبدَلَ[2] صُلْحٍ عن دَمٍ، وخُلْعٍ، ومَهْرٍ، "خانيَّة"[3]. والأصلُ أنَّها تَصِحُّ بالأعيانِ المضمُونةِ بنفسِها، لا بغيرِها ولا بالأماناتِ، ....

[٢٥٥٥٦] (قولُهُ: وكذا لو مغصُوباً إلخ) لأنَّ هذه الأعيانَ مضمُونةٌ بنفسِها على الأصيلِ، فيلزَمُ الضّامنَ إحضارُها وتسليمُها، وعندَ الهلاكِ تَجِبُ قيمتُها، وإنْ مُستهلَكةً فالضَّمانُ لقيمتِها، "نهر"[4]. بخلافِ الأعيانِ المضمُونةِ بغيرِها كالمبيعِ، والرَّهنِ، وبخلافِ الأماناتِ على ما تقدَّمَ، "زيلعيّ"[5].

[٢٥٥٥٧] (قولُهُ: وإلاّ فهو أمانةٌ كما مرَّ) أي: في البُيوعِ، وإذا كان أمانةً لا يكونُ مِن هذا النَّوعِ، بل مِن نوعِ الأماناتِ، وقد مرَّ[6] حُكمُها.

[٢٥٥٥٨] (قولُهُ: وبدَلَ صُلْحٍ عن دَمٍ) أي: لو كان البدَلُ عبداً مثلاً فكفَلَ به إنسانٌ صحَّت، فإنْ هلَكَ قبلَ القَبْضِ فعليه قيمتُهُ، "بحر"[7]. وتقييدُهُ بالدَّمِ يُفيدُ أنَّ الكفالةَ ببدَلِ الصُّلْحِ في المالِ لا تَصِحُّ؛ لأنَّه إذا هلَكَ انفسَخَ لكونِهِ كالبيعِ، "ط"[8].

[٢٥٥٥٩] (قولُهُ: وخُلْعٍ) عطفٌ على ((صُلْحٍ)) أي: وبدَلَ خُلْعٍ.

[٢٥٥٦٠] (قولُهُ: ومَهْرٍ) أي: وبدَلَ مَهْرٍ، فتَصِحُّ الكفالةُ في هذه المواضعِ بالعينِ كعبدٍ مثلاً؛ لأنَّ هذه الأشياءَ لا تبطُلُ بهلاكِ العينِ كما في "البحر"[9].

٢٦٨/٤

---

(١) ٢٧٤/١٤ وما بعدها "در".

(٢) في "و": ((أو بدل)).

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٧/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٩/ب.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٥٨/٤.

(٦) المقولة [٢٥٥٥٠] قوله: ((ومرهُونٍ وأمانةٍ)) وما بعدها.

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥١/٦.

(٨) "ط": كتاب الكفالة ١٥٣/٣.

(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥١/٦.

(و) لا تَصِحُّ الكفالةُ بنوعَيها (بلا قَبُولِ الطّالبِ) أو نائبِه ولو فُضُوليّاً (في مجلسِ العَقْدِ)،

[٢٥٥٦١] (قوله: بنوعَيها) أي: بالنَّفسِ والمالِ.

[٢٥٥٦٢] (قوله: ولو فُضوليّاً) أي: ويتوقَّفُ على إجازةِ الطَّالبِ، وبهِ ظَهرَ أنَّ شَرطَ الصِّحةِ مُطلقُ القَبولِ، وأمَّا قَبُولُ الطَّالبِ بخصوصِهِ فهو شَرطُ النَّفاذِ كما أفادَهُ "ابنُ الكمال"، وفي "كافي الحاكم": ((اكفُلْ بكذا عن فلانٍ لفلانٍ، فقال: قد فَعلتُ والطَّالبُ غائبٌ، ثُمَّ قَدِمَ فَرضِيَ بذلكَ جازَ؛ لأنَّه خَاطَبَ بِهِ مُخاطِبٌ وإنْ لم يَكُنْ وَكِيلاً، وللكفيلِ أنْ يَخرُجَ مِنَ الكَفالةِ قَبْلَ قُدومِ الطَّالبِ)). وفي "البحر"[1] عن "السراج": ((لوقال: ضَمِنتُ ما لفُلانٍ على فُلانٍ وهما غائبانِ فقَبِلَ فُضُوليٌّ، ثمَّ بلَغَهما وأجازا، فإنْ أجابَ المطلُوبُ أوَّلاً ثمَّ الطّالبُ جازَتْ وكانت كفالةً بالأمرِ، وإنْ بالعكسِ كانت بلا أمرٍ، وإنْ لم يَقبَلْ فُضُوليٌّ لم تَجُزْ مُطلقاً، وإنْ كان الطّالبُ حاضراً وقَبِلَ ورضِيَ المطلُوبُ فإنْ رضِيَ قبلَ قَبُولِ الطّالبِ رجَعَ عليه، وإنْ بعدَهُ فلا)) اهـ. وعلَّلَهُ في "الخانيَّة"[2]: ((بأنَّ الكفالةَ تَمَّتْ ـ أي: بقَبُولِ الطّالبِ ـ أوَّلاً ونَفَذتْ ولَزِمَ المالُ الكفيلَ فلا تتغيَّرُ بإجازةِ المطلُوبِ)) اهـ. وبه عُلِمَ أنَّ إجازةَ المطلُوبِ قبلَ قَبُولِ الطّالبِ بمنزلةِ الأمرِ بالكفالةِ، فللكفيلِ الرُّجوعُ بما ضَمِنَ، فتنبَّهْ لذلك.

مطلبٌ في ضمانِ المَهْرِ

(تنبيهٌ)

قدَّمنا[3] أنَّه لو كفَلَ رجلٌ لصبيٍّ صحَّ بقَبُولِهِ لو مأذوناً، وإلاّ فبقَبُولِ وليِّهِ، أو قَبُولِ أجنبيٍّ وإجازةِ وَلِيِّهِ، وإنْ لم يَقبَلْ عنه أحدٌ فعلى الخلافِ، أي: فعندَهما لا يَصِحُّ. وعليه: فلو ضَمِنَ للصَّغيرةِ مَهْرَها لم يَصِحَّ إلاّ بقَبُولٍ كما ذُكِرَ، وهذا لو أجنبيّاً، ففي بابِ الأولياءِ مِن "الخانيَّة"[4]:

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٢/٦ بتصرف.

(٢) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٣/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) المقولة [٢٥٤٨٠] قوله: ((فتَصِحُّ به)).

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح ٣٥٧/١ ـ ٣٥٨ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

وجوَّزَها "الثّاني" بلا قَبول، وبه يفتى، "درر"[١] و"بزّازيّة"[٢]، وأقرَّهُ في "البحر"[٣]، وبه قالتِ الأئمَّةُ الثَّلاثةُ[٤]. لكنْ نقَلَ "المصنِّفُ"[٥] عن "الطَّرَسُوسيِّ"[٦]: ((أنَّ الفتوى على قولِهما))، واختارَهُ الشَّيخُ "قاسمٌ"، هذا حُكمُ الإنشاءِ. (ولو أخبرَ عنها) بأنْ قال: أنا كفيلٌ بِما لفُلانٍ على فُلانٍ (حالَ غَيْبةِ الطّالبِ، أو كفَلَ..................

((زوَّجَ صغيرتَهُ وضَمِنَ لها مَهْرَها عن الزَّوجِ صحَّ إنْ لم يكنْ في مرضِ موتِهِ، فإذا بلَغَتْ وضَمَّنَتِ الأبَ لم يَرجِعْ على الزَّوجِ إلاّ إذا كان بأمرِهِ، وإنْ زوَّجَ ابنَهُ الصَّغيرَ وضَمِنَ عنه المَهْرَ في صحَّتِهِ جازَ، ويَرجِعُ بما ضَمِنَ في مالِ الصَّغيرِ قياساً، وفي الاستحسانِ لا يَرجِعُ))، وتمامُهُ هناك.

[٢٥٥٦٣] (قولُهُ: واختارَهُ الشَّيخُ "قاسمٌ"[٧]) حيث نقَلَ اختيارَ ذلك عن أهلِ التَّرجيحِ كـ"المحبوبيِّ" و"النَّسفيِّ" وغيرِهما، وأقرَّهُ "الرَّمليُّ"، وظاهرُ "الهداية"[٨] ترجيحُهُ؛ لتأخيرِهِ[٩] دليلَهما، وعليه المُتونُ.

[٢٥٥٦٤] (قولُهُ: ولو أخبرَ عنها إلخ) [٣/ق١٧٣/ب] بيانٌ لاستثناءِ مسألتَينِ مِن قولِهِ: ((ولا تَصِحُّ بلا قَبُولِ[١٠] الطّالبِ))، وفي استثناءِ الأُولى نظَرٌ كما يظهَرُ مِن التَّعليلِ.

[٢٥٥٦٥] (قولُهُ: بِما لفُلانٍ) الأَولى جَعْلُ ((ما)) موصولةً وجَعْلُ اللاّمِ مُتَّصلةً بـ((فُلانٍ)) على أنَّها جارَّةٌ كما يوجَدُ في بعضِ النُّسَخِ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠١/٢.

(٢) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ نوع في ألفاظه ٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٢/٦.

(٤) انظر "نهاية المحتاج": كتاب الحوالة ـ باب الضمان الشامل للكفالة ٤٣٨/٤ وهو الأصح من مذهب الشافعيِّ، وفي قول يشترط قبوله. وانظر "المغني" لابن قدامة: كتاب الحوالة والضمان ـ باب الضمان ـ الأمور التي تعتبر لصحة الضمان ٣٥١/٦، و"حاشية الدسوقي": باب الضمان ٣٣٤/٣.

(٥) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٧/ب.

(٦) "أنفع الوسائل": مسألة قبول الكفالة في مجلس العقد إلخ صـ٢٧٦ـ.

(٧) "التصحيح والترجيح": كتاب الكفالة صـ٢٩٤ـ.

(٨) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٣/٣.

(٩) ((لتأخيره)) ليست في "الأصل".

(١٠) في "م": ((قول))، وهو خطأ.

وارثُ المريضِ) المَلِيءِ[١] (عنه) بأمرِهِ بأنْ يقولَ المريضُ لوارثِهِ: تكفَّلْ عنِّي بما عليَّ مِن الدَّينِ فكفَلَ به مع غَيْبَةِ الغُرَماءِ (صحَّ) في الصُّورتينِ بلا قَبُولٍ اتِّفاقاً استحساناً؛ لأنَّها وصيَّةٌ، فلو قال لأجنبيٍّ لم يَصِحَّ، وقيل: يَصِحُّ، "شرح مجمع". وفي "الفتح"[٢]:........

[٢٥٥٦٦] (قولُهُ: وارثُ المريضِ) قيَّدَ به لأنَّه لو قال هذا في الصِّحَّةِ لم يَجُزْ ولم يلزَمِ الكفيلَ شيءٌ، وهذا قولُ "محمَّدٍ"، وهو قولُ "أبي يوسفَ" الأوَّلُ، ثمَّ رجَعَ وقال: الكفالةُ جائزةٌ، "كافي". وجزَمَ بالأوَّلِ في "الفتح"[٣] عن "المبسوط"[٤].

[٢٥٥٦٧] (قولُهُ: المَلِيءِ) أي: الذي عندَهُ ما يَفي بدَينِهِ.

[٢٥٥٦٨] (قولُهُ: لأنَّها وصيَّةٌ) تعليلٌ للثَّانيةِ، وترَكَ تعليلَ الأُولى لظُهورِهِ، فإنَّ الإخبارَ عن العَقْدِ إخبارٌ عن رُكنيهِ الإيجابِ والقَبُولِ. اهـ "ح"[٥]. فليست في الحقيقةِ كفالةً بلا قَبُولٍ. وما ذكَرَه[٦] في وجهِ الاستحسانِ: ((مِن أنَّها وصيَّةٌ)) هو أحدُ وجهينِ في "الهداية"، قال[٧]: ((ولهذا تَصِحُّ وإنْ لم يُسَمِّ المكفُولَ لهم، وإنَّما تَصِحُّ إذا كان له مالٌ. الوجهُ الثَّاني: أنَّ المريضَ قائمٌ مَقامَ الطَّالبِ؛ لحاجتِهِ إليه تفريغاً لذمَّتِهِ وفيه نَفْعٌ للطَّالبِ، فصار كما إذا حضَرَ بنفسِهِ)). فعلى الأوَّلِ هي وصيَّةٌ لا كفالةٌ، وعلى الثَّاني بالعكسِ، واعترَضَ الأوَّلَ بأنَّه يلزَمُ عَدَمُ الفرقِ بينَ حالِ الصِّحَّةِ والمرضِ إلاَّ أنْ يؤوَّلَ بأنَّه في معنى الوصيَّةِ، وفيه بُعْدٌ. واعترَضَ الثَّانيَ في "البحر"[٨]: ((بأنَّه لا فائدةَ في الكفالةِ؛ لأنَّا حيثُ اشترَطنا وُجودَ المالِ فالوارثُ يُطالَبُ به على كلِّ حالٍ))،

---

(١) في "ب" و"ط": ((المَلِيِّ)).

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٦/٦.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٥/٦.

(٤) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب ما يصدق فيه الدافع من قضاء الدين ٨٤/٢٠ بتصرف.

(٥) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٤/ب.

(٦) أي: الشارح، وفي "الأصل" و"ك" و"ب": ((ذَكَرَ)).

(٧) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٣/٣ بتصرف.

(٨) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٢/٦ بتصرف.

((الصِّحَّةُ أوجهُ))، وحقَّقَ[١] أنَّها كفالةٌ، لكنْ يَرِدُ عليه توقُّفُها على المـالِ. ولـو لـه مالٌ غائبٌ[٢]: هل يُؤمَرُ الغَرِيمُ بانتظارِهِ؟ أو يُطالِبُ الكَفِيلَ؟ ....

وأجـابَ في "النَّهـر"[٣]: ((بـأنَّ فائدتَـهُ تظهَـرُ في تفريـغِ ذمَّتِـهِ))، تـأمَّلْ. قـال في "النَّهـر"[٤]: ((والاستثناءُ على الأوَّلِ مُنقطِعٌ، وعلى الثَّاني مُتَّصلٌ ولذا كان أرجحَ، إلاّ أنَّ مُقتضاهُ مُطالبـةُ الوارثِ وإنْ لم يكنْ للمَيْتِ مالٌ)) اهـ.

قلتُ: الظّاهرُ أنَّ هذا وصيَّةٌ مِن وجهٍ وكفالةٌ مِن وجهٍ فيُراعَى الشَّبَهُ مِـن الطَّرفَـينِ؛ لأنَّهـم ذكَرُوا للاستحسانِ وجهينِ مُتنافيينِ، فعُلِمَ أنَّ المرادَ مُراعاتُهما بالقَدْرِ الممكنِ وإلاّ لَزِمَ إلغاؤهما.

[٢٥٥٦٩] (قولُهُ: الصِّحَّةُ أوجهُ) أيَّدَهُ في "الحواشي السَّعديَّة"[٥]: ((بأنَّ الوارثَ حيـثُ كـان مُطالَباً بالدَّينِ في الجملةِ كان فيه شُبهَةُ الكفالةِ عـن نفسِـهِ في الجملـةِ، فكـان ينبغـي أنْ لا تَجُـوزَ كفالتُهُ، فإذا جازَتْ لِما مـرَّ في الوجهـينِ فكفالـةُ الأجنبيِّ وهـي سـالمةٌ عـن هـذا المـانعِ أَولى أنْ تَصِحَّ)) اهـ. وأقرَّهُ في "النَّهر"[٦].

[٢٥٥٧٠] (قولُهُ: وحقَّقَ أنَّها كفالةٌ) أي: وبنَى عليه صحَّتَها مِن الأجنبيِّ، لكنْ يَـرِدُ عليـه إلغاءُ أحدِ وجهي الاستحسانِ. وإذا مَشينا على ما قُلنا مِـن إعمـالِ الوجهـينِ وتوفـيرِ الشَّبَهينِ بالوصيَّةِ والكفالةِ لم يضُرَّنا؛ لأنَّ الأجنبيَّ يَصِحُّ كونُهُ وصيّاً وكونُهُ كفيلاً.

[٢٥٥٧١] (قولُهُ: لكنْ يَرِدُ عليه توقُّفُها على المالِ) حيثُ قَيَّدَ بكونِ المريضِ مَلِيّاً، والكفالةُ عن المريضِ لا تتوقَّفُ على المالِ.

قلتُ: وهذا واردٌ على كونِها كفالةً مِن كلِّ وجهٍ، وقد عَلِمتَ أنَّ لها شَبَهينِ، واشـتراطُ المالِ مبنيٌّ على شَبَهِ الوصيَّةِ كما أنَّ اشتراطَ المرضِ مبنيٌّ على شَبَهِ الكفالةِ دونَ الوصيَّةِ.

---

(١) أي: صاحب "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٦/٦.

(٢) في "و": ((على غائب)) .

(٣) قوله: ((في "النهر")) ليست في "م"، والنقل في "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٠/أ.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٠/ب.

(٥) "الحواشي السعدية": كتاب الكفالة ٣١٦/٦ ـ ٣١٧ بتصرف (هامش "فتح القدير").

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٠/ب.

لم أرَهُ، وينبغي على أنَّـه وصيَّـةٌ أنْ ينتظِرَ لا على أنَّهـا كفالـةٌ. وقيَّدنـا بـأمرِهِ لأنَّ تـبرُّعَ الوارثِ بضمانِهِ في غَيْبَتِهم لا يَصِحُّ، وروى "الحسنُ" الصِّحَّةَ، ولـو ضَمِنَـهُ بعـدَ موتِـهِ صحَّ، "سراج". ولعلَّهُ قـولُ "الثّـاني" لِمـا مـرَّ، "نهـر"[١]. وفي "البزّازيّـة"[٢]: ((اختلَفـا في الإخبارِ والإنشاءِ فالقولُ للمُخبِرِ))..............................

[٢٥٥٧٢] (قولُهُ: لم أرَهُ) أصلُ التَّوقُّفِ لصاحبِ "البحر"[٣]، والجوابُ لصاحبِ "النَّهـر"، ولا يَخفَى عَدَمُ إفادتِهِ رَفْعَ التَّوقُّفِ؛ لأنَّ مبنى التَّوقُّفِ وُجودُ الشَّبَهين، نَعَمْ، على مـا حقَّقَهُ في "الفتح"[٤]: ((مِن أنَّها كفالةٌ حقيقةً)) لا يَنتظِرُ، لكنْ عَلِمتَ مـا فيـه. وقـد يقـالُ: إنَّ اشـتراطَ المالِ مبنيٌّ على شَبَهِ الوصيَّةِ دونَ الكفالةِ كما عَلِمتَ، وبه يظهَرُ أنَّه ليس المـرادُ دَفْعَ الوَرَثـةِ مِن مالِهم، بل مِن مالِ المَيْتِ، وذلك يُفيدُ الانتظارَ، ويُفيدُ أيضاً أنَّه لو هلَكَ المالُ بعدَ المـوتِ لا يلزَمُ الوَرَثةَ، ولم أرَهُ صريحاً. ٢٦٩/٤

[٢٥٥٧٣] (قولُهُ: ولو ضَمِنَهُ) أي: لو ضَمِنَ الوراثُ المريضَ المَلِيَّ بعدَ موتِهِ في غَيْبَةِ الطّالبِ.

[٢٥٥٧٤] (قولُهُ: ولعلَّهُ قولُ "الثّاني" لِما مرَّ) أي: مِن تجويزِهِ الكفالةَ بـلا قَبـولٍ، وهـذا الحَملُ مُتعيِّنٌ؛ لأنَّها إذا لم تَصِحَّ عندَهما في حالِ الصِّحَّةِ لا تَصِحُّ بعدَ المـوتِ بـالأَولى؛ ولأنَّ وجهَ كونِها كفالةً في المَرَضِ قيامُ المريضِ مَقامَ الطّالبِ في القَبُولِ.

[٢٥٥٧٥] (قولُهُ: اختلَفا في الإخبـارِ والإنشـاءِ) راجـعٌ لمسـألةِ "المصنِّـفِ" الأُولى، أي: إذا قال: أنا كفيلُ زيدٍ [٣/ق١٧٤/أ] فقال الطّـالبُ: كنـتَ مُخبِراً بذلـك فـلا يحتـاجُ لقَبُولـي، وقـال الكفيل: كنتُ مُنشِئاً للكفالةِ، فالقولُ للمُخبِرِ؛ لأنَّه يدَّعي الصِّحَّةَ والآخَـرُ الفسـادَ، كـذا في "شرح الجامع" لـ"قاضي خان"[٥].

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٠/ب بتصرف.

(٢) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الأول في المقدمة ـ نوع آخر ٦/٦ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٥٢ ـ ٢٥٣.

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣١٦.

(٥) "شرح الجامع الصغير": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالنفس ٢/ق٨٣/ب.

(و) لا تَصِحُّ (بدَينٍ) ساقطٍ ولو مِن وارثٍ (عن مَيْتٍ مُفلِسٍ) إلاّ إذا كان بـه كفيلٌ أو رهنٌ، "معراج"، أو ظَهرَ له مالٌ فتَصِحُّ بقَدْرِهِ، "ابن مَلَكٍ"، أو لَحِقَهُ دَينٌ بعدَ موتِهِ فتَصِحُّ الكفالةُ به؛ بأنْ حفَرَ بئراً على الطَّريقِ فتَلِفَ به شيءٌ بعدَ موتِهِ لَزِمَهُ ضمانُ المالِ في مالِهِ وضمانُ النَّفسِ على عاقلتِهِ؛ لثُبوتِ الدَّينِ مُستنِداً إلى وقتِ السَّببِ، وهو الحَفْرُ الثّابتُ حالَ قيامِ الذِّمَّةِ، "بحر". ....

[٢٥٥٧٦] (قولُهُ: بدَينٍ ساقطٍ) أي: بسببِ موتِهِ مُفلِساً.

[٢٥٥٧٧] (قولُهُ: عن مَيْتٍ[1] مُفلِسٍ) هو مَن ماتَ ولا تَرِكةَ له ولا كفيلَ عنه، "بحر"[2].

[٢٥٥٧٨] (قولُهُ: إلاّ إذا كان به كفيلٌ أو رهنٌ) استثناءٌ مِن قولِهِ: ((ساقطٍ))، ولو حذَفَ ((ساقطٍ)) أوَّلاً ثمَّ علَّلَ بقولِهِ: ((لأنَّه يسقُطُ بموتِهِ)) ثمَّ استثنَى مِنه لكان أوضَحَ، يعني: أنَّ الدَّينَ يسقُطُ عن المَيْتِ المُفلِسِ إلاّ إذا كان به كفيلٌ حالَ حياتِهِ أو رهنٌ، قال في "البحر"[2]: ((قيَّدَ بالكفالةِ بعدَ موتِهِ لأنَّه لو كفَلَ في حياتِهِ ثمَّ ماتَ مُفلِساً لم تبطُلِ الكفالةُ، وكذا لو كان به رهنٌ ثمَّ ماتَ مُفلِساً لا يبطُلُ الرَّهنُ؛ لأنَّ سُقوطَ الدَّينِ في أحكامِ الدُّنيا في حَقِّهِ للضَّرورةِ فتتقَدَّرُ بقَدْرِها، فأبقيناهُ في حَقِّ الكفيلِ والرَّهنِ لعَدَمِ الضَّرورةِ، كذا في "المعراج")). ولا يلزَمُ مِمّا ذُكِرَ صحَّةُ الكفالةِ به حينئذٍ؛ للاستغناءِ عنها بالكفيلِ وبِبَيْعِ الرَّهنِ، "ط"[3].

[٢٥٥٧٩] (قولُهُ: أو ظَهرَ له مالٌ) في "كافي الحاكم": ((لو ترَكَ المَيْتُ شيئاً لا يفي لَزِمَ الكفيلَ بقَدْرِهِ)).

[٢٥٥٨٠] (قولُهُ: على الطَّريقِ) المرادُ به الحَفْرُ في غيرِ مِلْكِهِ.

[٢٥٥٨١] (قولُهُ: لَزِمَهُ ضمانُ المالِ في مالِهِ وضمانُ النَّفسِ على عاقلتِهِ) هذا زيادةٌ مِن "الشّارحِ" على ما في "البحر".

[٢٥٥٨٢] (قولُهُ: وهو الحَفْرُ الثّابتُ حالَ قيامِ الذِّمَّةِ) والمستندُ يثبُتُ أوَّلاً في الحالِ، ويلزَمُهُ

---

(١) في "الأصل": ((عن دين))، وهو تحريف.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٥٣.

(٣) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٥٤.

وهذا عندَهُ، وصحَّحاها مُطلقاً، وبه قالتِ "الثَّلاثةُ"[١]، ولو تبرَّعَ به أحدٌ صحَّ إجماعاً، (و) لا تَصِحُّ كفالةُ الوكيلِ (بالثَّمَنِ للمُوكِّلِ) ....

اعتبارُ قوَّتِها حينئذٍ به لكونِهِ محلَّ الاستيفاء، "بحر"[٢] عن "التَّحرير"[٣]، أي: ويَلْزَمُ ثُبوتَهُ في الحالِ اعتبارُ قوَّةِ الذِّمَّةِ حينَ ثُبوتِهِ به، أي بالدَّينِ. وقولُهُ: ((لكونِهِ محلَّ الاستيفاء)) زيادةٌ مِن "البحر" على ما في "التَّحرير".

[٢٥٥٨٣] (قولُهُ: وهذا) الإشارةُ إلى ما في "المتن".

[٢٥٥٨٤] (قولُهُ: مُطلقاً)أي: ظهَرَ له مالٌ أوْ لا.

[٢٥٥٨٥] (قولُهُ: ولو تبرَّعَ به) أي: بالدَّينِ، أي: بإيفائهِ.

[٢٥٥٨٦] (قولُهُ: صحَّ إجماعاً) لأنَّه عندَ "الإمامِ" وإنْ سقَطَ لكنَّ سُقوطَهُ بالنِّسبةِ إلى مَن هو عليه لا بالنِّسبةِ إلى مَن هو له، فإذا كان باقياً في حَقِّهِ حَلَّ له أَخْذُهُ.

[٢٥٥٨٧] (قولُهُ: ولا تَصِحُّ كفالةُ الوكيلِ بالثَّمَنِ) وكذا عكسُهُ وهو توكيلُ الكفيلِ بقَبْضِ الثَّمَنِ كما سيأتي في الوكالةِ[٤]، "بحر"[٥]. قيَّدَ بالوكيلِ لأنَّ الرَّسولَ بالبيعِ يَصِحُّ ضمانُهُ الثَّمَنَ عن المشتري، ومثلُهُ الوكيلُ ببَيْعِ الغنائمِ عن الإمامِ؛ لأنَّه كالرَّسول. وقيَّدَ بالثَّمَنِ لأنَّ الوكيلَ بتزويجِ المرأةِ لو ضَمِنَ لها المَهْرَ صحَّ؛ لكونِهِ سفيراً ومُعبِّراً، "بحر"[٦]. وقيَّدَ بالكفالةِ لأنَّه لو تبرَّعَ بأداءِ الثَّمَنِ عن المشتري صحَّ كما في "النَّهر"[٧] عن "الخانيَّة"[٨].

---

(١) انظر: "حاشية الدسوقي": باب في الضمان وأحكامه ٥١٢/٣، و"الشرح الكبير": باب الضمان ٣٦٦/٦ (ذيل "المغني")، و"تكملة المجموع شرح المهذب": كتاب الضمان ـ فرع في أركان الضمان ١٥٧/١٣.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٣) "التحرير": المقالة الثانية: الباب الأول ـ الفصل الرابع في المحكوم عليه ـ مسألة: مانعو تكليف المُحالِ على أنَّ شرطَ التكليفِ فهمُهُ صـ ٢٨٢ـ.

(٤) **نقول**: في النسخ جميعها: ((الكفالة))، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لعبارة "البحر"، والمسألة مذكورة في وكالة "البحر" في موضعين ١٨٠/٧، ١٨٢.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٤/٦ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٣/٦.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٠/ب.

(٨) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بمال ٦٩/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

فيما وُكِّلَ ببَيْعِهِ؛ لأنَّ حَقَّ القَبْضِ له بالأصالةِ فيصيرُ ضامناً لنفسِهِ. ومُفادُهُ: أنَّ الوَصِيَّ والنّاظرَ لا يَصِحُّ ضمانُهما الثَّمَنَ عن المشتري فيما باعاهُ؛ لأنَّ القَبْضَ لهما، ولذا لو أَبرآهُ عن الثَّمَنِ صحَّ وضَمِنا، (و) لا تَصِحُّ كفالةُ المضاربِ (لرَبِّ المالِ بِه) أي: بالثَّمَنِ؛ لِما مرَّ، ولأنَّ الثَّمَنَ أمانةٌ عندَهما، فالضَّمانُ تغييرٌ لحُكمِ الشَّرعِ، ....

[٢٥٥٨٨] (قولُهُ: فيما وُكِّلَ ببَيْعِهِ) الأَولى أنْ يقولَ: أي: ثَمَنِ ما وُكِّلَ ببَيْعِهِ. قيَّدَ به لأنَّ الوكيلَ بقَبْضِ الثَّمَنِ لو كفَلَ به يَصِحُّ كما في "البحر"[1].

[٢٥٥٨٩] (قولُهُ: لأنَّ حَقَّ القَبْضِ له بالأصالةِ) ولذا لا يبطُلُ بموتِ الموكِّلِ وبعَزْلِهِ، وجازَ أنْ يكونَ الموكِّلُ وكيلاً عنه في القَبْضِ، وللوكيلِ عَزْلُهُ، وتمامُهُ في "البحر"[2].

[٢٥٥٩٠] (قولُهُ: ومُفادُهُ إلخ) هو لصاحبِ "البحر"[3]، وتَبِعَهُ في "النَّهر"[4].

[٢٥٥٩١] (قولُهُ: لو أَبرآهُ) بمدِّ الهمزةِ بضميرِ التَّثنيةِ.

[٢٥٥٩٢] (قولُهُ: لِما مرَّ) أي: في الوكيلِ مِن قولِهِ[5]: ((لأنَّ حَقَّ القَبْضِ له إلخ)).

[٢٥٥٩٣] (قولُهُ: ولأنَّ الثَّمَنَ إلخ) ذكَرَهُ "الزَّيلعيُّ"[6]. وقولُهُ: ((أمانةٌ عندَهما)) أي: عندَ الوكيلِ والمضاربِ، وهذا بعدَ القَبْضِ، أشارَ بهِ إلى أنَّه لا فرقَ في عَدَمِ صحَّةِ الكفالةِ بينَ أنْ تكونَ قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ أو بعدَهُ. ووجهُ الأوَّلِ ما مرَّ[7]، ووجهُ الثّاني أنَّ الثَّمَنَ بعدَ قَبْضِهِ أمانةٌ عندَهما غيرُ مضمُونةٍ، والكفالةُ غرامةٌ، وفي ذلك تغييرٌ لحُكمِ الشَّرعِ بعَدَمِ ضمانِهِ بلا تَعَدٍّ، وأيضاً كفالتُهما لِما قَبَضاهُ كفالةُ الكفيلِ عن نفسِهِ، وأمّا ما مرَّ[8] مِن صحَّةِ الكفالةِ بتسليمِ الأمانةِ فذاك في كفالةِ مَن ليستِ الأمانةُ عندَهُ.

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٥٣ ـ ٢٥٤.

(٢) انظر "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٥٣.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/ ٢٥٣ ـ ٢٥٤ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٠/ب.

(٥) في أول هذه الصحيفة.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٦٠.

(٧) المقولة [٢٥٥٤٩] قوله: ((ولا بمبيعٍ قَبْلَ قَبْضِهِ)) والتي بعدها.

(٨) المقولة [٢٥٥٥١] قوله: ((فلو بتسليمِها صحّ في الكلِّ)).

(و) لا تَصِحُّ (للشَّريكِ بدَينٍ مُشتركٍ) مُطلقاً ولو بإرثٍ؛ لأنَّه لو صحَّ الضَّمانُ مع الشِّرْكةِ يصيرُ ضامناً لنفسِهِ، ولو صحَّ في حِصَّةِ صاحبِهِ يؤدِّي إلى قِسْمَةِ الدَّينِ قبلَ قَبْضِهِ، وذا لا يَجُوزُ. نَعَمْ لو تبرَّعَ جازَ ....

[٢٥٥٩٤] (قولُهُ: ولا تَصِحُّ للشَّريكِ إلخ) مفهُومُهُ أنَّه لو ضَمِنَ أجنبيٌّ لأحدِ الشَّريكينِ بحِصَّتِهِ تَصِحُّ، والظَّاهرُ أنَّه يَصِحُّ مع بقاءِ الشِّرْكةِ، فما يُؤدِّيهِ الكفيلُ يكونُ مُشتركاً بينَهما كما لو أدَّى الأصيلُ، تأمَّلْ.

[٢٥٥٩٥] (قولُهُ: ولو بإرثٍ) تفسيرٌ للإطلاقِ، [٣/ق١٧٤/ب] وأشارَ به إلى أنَّ ما وقَعَ في "الكنز"[(١)] وغيرِهِ مِن فَرَضِ المسألةِ في ثَمَنِ المبيعِ غيرُ قيدٍ.

[٢٥٥٩٦] (قولُهُ: مع الشِّرْكةِ) بأنْ ضَمِنَ نصفاً شائعاً.

[٢٥٥٩٧] (قولُهُ: يصيرُ ضامناً لنفسِهِ) لأنَّه ما مِن جزءٍ يُؤدِّيهِ المشتري أو الكفيلُ مِن الثَّمَنِ إلاّ لشريكِهِ فيه نصيبٌ، "زيلعي"[(٢)].

[٢٥٥٩٨] (قولُهُ: ولو صحَّ في حِصَّةِ صاحبِهِ) بأنْ كفَلَ نصفاً مُقدَّراً.

[٢٥٥٩٩] (قولُهُ: وذا لا يَجُوزُ) لأنَّ القسمةَ عبارةٌ عن الإفرازِ والحيازةِ، وهو أنْ يصيرَ حَقُّ كلِّ واحدٍ مِنهما مُفرَزاً في حَيِّزٍ على جهةٍ، وذا لا يُتصوَّرُ في غيرِ العينِ؛ لأنَّ الفعلَ الحسِّيَّ يستدعي محلاًّ حِسِّيّاً والدَّينُ حُكميٌّ، وتمامُهُ في "الزَّيلعيِّ"[(٢)].

٤/٢٧٠ [٢٥٦٠٠] (قولُهُ: نَعَمْ لو تبرَّعَ جازَ) أي: لو أدَّى نصيبَ شريكِهِ بلا سَبْقِ ضمانٍ جازَ ولا يَرجعُ بما أدَّى، بخلافِ صورةِ الضَّمانِ، فإنَّه يَرجعُ بما دفَعَ إذ قضاهُ على فسادٍ كما في "جامع الفصولين"[(٣)].

---

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٢/٧٥.

(٢) انظر "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٦٠.

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون ٢/٥٣.

كما لو كـان صفقتين، (و) لا تَصِحُّ الكفالةُ (بالعُهْدةِ) لاشتباهِ المرادِ بها، (و) لا (بالخَلاصِ) أي: تخليصِ مَبيعٍ يُسْتَحَقُّ؛ لعَجزِهِ عنه. نَعَمْ لو ضَمِنَ تخليصَهُ ولو بشراءٍ ـ إنْ قدَرَ وإلاّ فيَرُدُّ الثَّمنَ ـ كان كالدَّرَكِ، "عيني"[(١)]. ....

[٢٥٦٠١] (قولُهُ: كما لو كان صفقتين) بأنْ سَمَّى كلٌّ مِنهما لنصيبهِ ثَمَناً صحَّ ضمانُ أحدِهما نصيبَ الآخَرِ؛ لامتيازِ نصيبِ كلٍّ مِنهما، فلا شِرْكةَ، بدليلِ أنَّ له ـ أي: للمشتري ـ قَبولَ نصيبِ أحدِهما فقط، ولو قَبِلَ الكلَّ ونقَدَ حِصَّةَ أحدِهما كان للنّاقدِ قَبْضُ نصيبهِ، وقد اعتبَرُوا هنا لتَعدُّدِ الصَّفقةِ تفصيلَ الثَّمنِ، وذكروا في البُيوعِ أنَّ هذا قولُهما، وأمّا قولُهُ فلا بدَّ مِن تَكرارِ لفظِ: بِعْتُ، "بحر"[(٢)].

[٢٥٦٠٢] (قولُهُ: ولا تَصِحُّ الكفالةُ بالعُهْدةِ) بأنْ يشتريَ عبداً فيضمَنَ رجلٌ العُهْدةَ للمشتري، "نهر"[(٣)].

[٢٥٦٠٣] (قولُهُ: لاشتباهِ المرادِ بها) لانطلاقِها على الصَّكِّ القديمِ ـ أي: الوثيقةِ التي تشهَدُ للبائعِ بالمِلكِ، وهي مِلكُهُ، فإذا ضَمِنَ بتسليمِها للمشتري لم يَصِحَّ؛ لأنَّه ضَمِنَ ما لم يَقدِرْ عليه، وعلى العقدِ وحُقوقِهِ، وعلى الدَّرَكِ، وخِيارِ الشَّرطِ، فلم تَصِحَّ الكفالةُ للجهالةِ، "نهر"[(٣)].

قلتُ: فلو فسَّرَها بالدَّرَكِ صحَّ كما لو اشتهَرَ إطلاقُها عليه في العُرْفِ لزوالِ المانعِ، تأمَّلْ.

[٢٥٦٠٤] (قولُهُ: ولا بالخَلاصِ) أي: عندَ "الإمامِ"، وقالا: تَصِحُّ، والخلافُ مبنيٌّ على تفسيرِهِ، فهما فسَّراهُ بتخليصِ المبيعِ إنْ قدَرَ عليه وردِّ الثَّمنِ إنْ لم يَقدِرْ عليه، وهذا ضمانُ الدَّرَكِ في المعنى. وفسَّرَهُ "الإمامُ" بتخليصِ المبيعِ فقط، ولا قُدرةَ له عليه، "نهر"[(٣)].

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٧٥/٢ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٤/٦ باختصار.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢١/أ.

(**فائدةٌ**) متى أدَّى بكفالةٍ فاسدةٍ رجَعَ كصحيحةٍ، "جامع الفصولين"، ثمَّ قال: ((ونظيرُهُ لو كفَلَ ببدَلِ الكتابةِ لم يَصِحَّ، فيرجعُ بما أدَّى إذا حَسِبَ أنَّه مُجبَرٌ على ذلك؛ لضمانِهِ السّابقِ))، وأقرَّهُ "المصنِّف"[1]، فليُحفظْ. (ولو كفَلَ بأمرِهِ)............

[٢٥٦٠٥] (قولُهُ: متى أدَّى بكفالةٍ فاسدةٍ رجَعَ كصحيحةٍ) لم أرَ هذه العبارةَ في "جامع الفصولين" وإنَّما قال[2]: ((في صورةِ الضَّمانِ ـ أي: ضمانِ أحدِ الشَّريكَينِ ـ يرجعُ بما دفَعَ؛ إذ قضاهُ على فسادٍ، فيرجعُ كما لو أدَّى بكفالةٍ فاسدةٍ. ونظيرُهُ لو كفَلَ ببدَلِ الكتابةِ لم يَصِحَّ فيرجعُ بما أدَّى؛ إذا[3] حَسِبَ أنَّه مُجبَرٌ على ذلك؛ لضمانِهِ السّابقِ، وبمثلِهِ لو أدَّى مِن غيرِ سَبْقِ ضمانٍ لا يرجعُ؛ لتبرُّعِهِ، وكذا وكيلُ البَيعِ إذا ضَمِنَ الثَّمنَ لموكِّلِهِ لم يَجُزْ فيرجعُ، ولو أدَّى بغيرِ ضمانٍ جازَ ولا يرجعُ)) اهـ.

[٢٥٦٠٦] (قولُهُ: ولو كفَلَ بأمرِهِ) شَمِلَ الأمرَ حُكماً كما إذا كفَلَ الأبُ عن ابنِهِ الصَّغيرِ مَهْرَ امرأتِهِ، ثمَّ ماتَ الأبُ وأُخِذَ مِن تركَتِهِ كان للوَرَثةِ الرُّجوعُ في نصيبِ الابنِ؛ لأنَّه كفالةٌ بأمرِ الصَّبيِّ حُكماً؛ لثُبوتِ الولايةِ، فإنْ أدَّى بنفسِهِ: فإنْ أشهَدَ رجَعَ وإلاّ لا، كذا في نكاحِ "المجمع". وكما لو جحَدَ الكفالةَ فبرهَنَ المُدَّعي عليها بالأمرِ وقضَى على الكفيلِ فأدَّى، فإنَّه يرجعُ وإنْ كان مُتناقضاً؛ لكونِهِ صار مُكذَّباً شرعاً بالقضاءِ عليه، كذا في "تلخيص الجامع الكبير"، "نهر"[4]. وقدَّمنا[5] قريباً عندَ قولِ "الشّارحِ": ((ولو فُضُوليّاً)) أنَّ إجازةَ المطلُوبِ

(قولُهُ: وكما لو جحَدَ الكفالةَ إلخ) ليس في هذه المسألةِ أمرٌ حُكميٌّ.

---

(١) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٨/أ.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون ٢/٥٢ ـ ٥٣، بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله.

(٣) في "ب": ((إذا))، ومثله في مطبوعتي "جامع الفصولين": ((إذْ)).

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٨/أ.

(٥) المقولة [٢٥٥٦٢] قوله: ((ولو فُضوليّاً)).

ـ أي: بأمرِ المطلُوبِ ـ بشرطِ قولِهِ: عنّي، أو: على أنّه عليَّ ....

قبلَ قَبُولِ الطّالبِ بمنزلةِ الأمرِ بالكفالةِ، ونقلَهُ أيضاً في "الدُّر المنتقى"[1] عن "القُهستانيّ"[2] عن "الخانيَّة"[3]، وتأتي[4] الإشارةُ إليه في كلامِ "الشّارحِ" قريباً.

[٢٥٦٠٧] (قولُهُ: أي: بأمرِ المطلُوبِ) فلو بأمرِ أجنبيٍّ فلا رُجوعَ أصلاً، ففي "نور العين"[5] عن "الفتاوى الصُّغرى": ((أَمَرَ رجلاً أنْ يكفُلَ عن فُلانٍ لفُلانٍ فكفَلَ وأدَّى لم يرجِعْ على الآمرِ)) اهـ.

[٢٥٦٠٨] (قولُهُ: أو على أنَّه عليَّ) أي: على أنَّ ما تضمَنُهُ يكونُ عليَّ، قال في "الفتح"[6]: ((فلو قال: اضمَنِ الألفَ التي لفُلانٍ عليَّ لم يرجِعْ عليه عندَ الأداءِ؛ لجوازِ أنْ يكونَ القصدُ ليرجِعَ، أو لطلَبِ التَّبرُّعِ فلا يلزَمُ المالُ، وهذا قولُ "أبي حنيفةَ" و"محمَّدٍ")) اهـ. لكنْ في "النَّهر"[7] عن "الخانيَّة"[8]: ((عَلَيَّ كـ: عَنِّي، فلو قال: اكفُلْ لفُلانٍ بألفِ درهمٍ عليّ [٣/ق١٧٥/أ]، أو: انقُدْهُ ألفَ درهمٍ عليَّ، أو: اضمَنْ له الألفَ التي عليَّ، أو: اقضِهِ مالَه عليَّ، ونحوَ ذلك رَجَعَ بما دَفَعَ في رواية "الأصل"[9]، وعن أبي حنيفةَ في "المُجرَّد": إذا قال لآخر: اضمَنْ لفلانٍ الألفَ التي له علَيَّ فضَمِنَها وأدّى إليهِ لا يرجع)) اهـ. فعُلِمَ أنَّ ما في "الفتح" على رواية "المُجرَّد"، وقد جزَم في "الولوالجية"[10] بالرّجوعِ، وإنّما حَكَى الخِلافَ في نحو: اضمَنْ له ألفَ درهمٍ إذا لم يقل: عَنّي، أو: هي له عَلَيَّ ونحوَه، فعندهما: لا يَرجِعُ إلاَّ إذا كان خَلِيطاً، وعندَ "أبي يوسف":

---

(١) "الدر المنتقى": كتاب الكفالة ١٣٣/٢ (هامش "مجمع الأنهر").

(٢) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ١١٤/٢.

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٣/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) صـ١٢٥ـ "در".

(٥) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في التصرفات الفاسدة وأحكامها ـ الكفالة الفاسدة ق١٢٦/ب.

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٤/٦ بتصرف.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٨/أ.

(٨) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٤/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) كتاب الكفالة ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(١٠) "الولوالجية": كتاب الكفالة والحوالة ـ الفصل الثاني فيما يكون مُؤجَّلا في حق الكفيل وفيما لا يكون إلخ ٤٠٤/٤.

وهو غيرُ صبيٍّ وعبدٍ مَحجورَينِ، "ابن مَلَكٍ" (رجَعَ) عليه (بما أدَّى) ....

يرجِعُ مُطلقاً، ومثلُهُ في "الذَّخيرة"، وكذا في "كافي الحاكم"، قال في "النَّهر"[١]: ((وأجمَعُوا على أنَّ المأمورَ لو كان خَلِيطاً رجَعَ[٢]، وهو الذي في عيالِهِ مِنْ والدٍ، أو ولدٍ، أو زوجةٍ، أو أجيرٍ، والشَّريكُ شِرْكةَ عِنانٍ، كذا في "الينابيعِ"، وقالَ في "الأصلِ"[٣]: والخَلِيطُ أيضاً الذي يأخُذُ مِنه ويُعطيهِ ويُداينُهُ ويضَعُ عندَهُ المالَ. والظَّاهرُ أنَّ الكلَّ يُعطَى لهم حُكمُ الخَلِيطِ))، وتمامُهُ فيه.

قلتُ: وما استظهَرَهُ مصرَّحٌ به في "كافي الحاكم".

[٢٥٦٠٩] (قولُهُ: وهو غيرُ صبيٍّ إلخ) قال في "جامع الفصولين"[٤]: ((الكفالةُ بأمرٍ إنَّما تُوجِبُ الرُّجوعَ لو كان الآمرُ مِمَّن يَجُوزُ إقرارُهُ على نفسِهِ، فلا يرجِعُ على صبيٍّ مَحجورٍ ولو أمَرَهُ، ويرجِعُ على القِنِّ بعدَ عِتقِهِ)) اهـ. قال في "البحر"[٥]: ((بخلافِ المأذونِ فيهما؛ لصحَّةِ أمرِهِ وإنْ لم يكنْ أهلاً لها)) أي: للكفالةِ.

[٢٥٦١٠] (قولُهُ: رجَعَ بما أدَّى) شَمِلَ ما إذا صالَحَ الكفيلُ الطَّالبَ عن الألفِ بخمسمائةٍ فيرجِعُ بها لا بألفٍ؛ لأنَّه إسقاطٌ أو إبراءٌ كما في "البحر"[٦]، وقال أيضا:[٦] ((إنَّ قولَهُ: رجَعَ بما أدَّى مُقيَّدٌ بما إذا دفَعَ ما وجَبَ دَفْعُهُ على الأصيلِ، فلو كفَلَ عن المستأجِرِ بالأجرةِ فدفَعَ الكفيلُ قبلَ الوُجوبِ لا رُجوعَ له كما في إجارات "البزّازيَّة"[٧])) اهـ.

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٨/أ.

(٢) في "آ": ((يرجع)).

(٣) كتاب الكفالة ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون ٥٣/٢.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٣/٦.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٤/٦.

(٧) "البزازية": كتاب الإجارات ـ الفصل الرابع في إجارة الدواب وما يتصل به التوكيل بها ٦٨/٥ ـ ٦٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

إنْ أدَّى بما ضَمِنَ[1]، وإلاّ فبما ضَمِنَ[2] وإنْ أدَّى أَرْدَأَ؛ لِملكِهِ الدَّينَ بالأداءِ فكان كالطّالبِ، وكما لو مَلَكَهُ بهبةٍ أو إرثٍ، "عيني"[3]، ....

قلتُ: ونظيرُهُ ما لو أدَّى الأصيلُ قبلَهُ، ففي "حاوي الزّاهديّ": ((الكفيلُ بأمرِ الأصيلِ أدَّى المالَ إلى الدّائنِ بعدَما أدَّى الأصيلُ ولم يَعلَمْ به لا يرجعُ به؛ لأنَّه شيءٌ حُكميٌّ، فلا فرقَ فيه بينَ العِلمِ والجهلِ، كعَزْلِ الوكيلِ)) اهـ. أي: بل يرجعُ على الدّائنِ. ٤/٢٧١

[٢٥٦١١] (قولُهُ: إنْ أدَّى بما ضَمِنَ) الأَوْلى حذفُ الباءِ.

[٢٥٦١٢] (قولُهُ: وإنْ أدَّى أَرْدَأَ) ((إنْ)) وصليَّةٌ، أي: إنْ لم يؤدِّ ما ضَمِنَ لا يرجِعُ بما أدَّى بل بما ضَمِنَ كما إذا ضَمِنَ بالجيِّدِ فأدَّى الأَرْدَأَ أو بالعكسِ.

[٢٥٦١٣] (قولُهُ: لِملكِهِ الدَّينَ بالأداءِ إلخ) أي: يرجِعُ بما ضَمِنَ لا بما أدَّى؛ لأنَّ رُجوعَهُ بحُكمِ الكفالةِ، وحُكمُها أنه يَملِكُ الدَّينَ بالأداءِ فيصيرُ كالطّالبِ نفسِهِ[4] فيرجِعُ بنفسِ الدَّينِ، فصار كما إذا ملَكَ الكفيلُ الدَّينَ بالإرثِ بأنْ ماتَ الطّالبُ والكفيلُ وارثُهُ فإنَّما له عَيْنُهُ، وكذا إذا وهَبَ الطّالبُ الدَّينَ للكفيلِ فإنَّه يَملِكُهُ ويُطالِبُ به المكفُولَ بعَيْنِهِ وصحَّتِ الهبةُ، مع أنَّ هبةَ الدَّينِ لا تَصِحُّ إلاّ مِمَّن عليه الدَّينُ، وليس الدَّينُ على الكفيلِ على المختارِ؛ لأنَّ الواهبَ إذا أَذِنَ للموهُوبِ بقَبْضِ الدَّينِ جازَ استحساناً، وهنا بعَقْدِ الكفالةِ سلَّطَهُ على قَبْضِهِ

(قولُهُ: لأنَّ الواهبَ إذا أذِنَ للموهُوبِ بقَبْضِ الدَّينِ جازَ إلخ) ما ذكَرَهُ مِن هذه العِلَّةِ غيرُ كافٍ لصحَّةِ الهبةِ؛ لأنَّ التسليطَ وإنْ وُجدَ لم يُوجَدْ قَبْضُ الكفيلِ مِن المديونِ للدَّينِ، وقد قُلنا بصحَّتِها بمجرَّدِ قَبُولِها. وتقدَّمَ أنَّ هذا الفرعَ مِمّا يدُلُّ على أنَّ الكفالةَ ضَمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في الدَّينِ.

---

(١) في "د" و"و": ((ضمنه)) .

(٢) في "و": ((ضمنه)) .

(٣) "رمز الحقائق": كتاب أحكام الكفالة ٧٣/٢ بتصرف.

(٤) في "الأصل": ((بنفسه)).

(وإنْ بغيرِهِ لا يرجِعُ)؛ لتبرُّعِهِ، إلاّ إذا أجازَ في المجلسِ فيرجِعُ، "عماديَّة". وحيلةُ الرُّجوعِ بلا أمرٍ أنْ يهَبَهُ الطّالبُ الدَّينَ ويُوكِّلَهُ بقَبْضِهِ، "ولوالجيَّة". (ولا يُطالِبُ كفيلٌ) أصيلاً (بمالٍ قبلَ أنْ يؤدِّيَ) الكفيلُ (عنه)؛ ....

عندَ الأداءِ، وهذا بخلافِ المأمورِ بقضاءِ الدَّينِ فإنَّه يرجِعُ بما أدَّى؛ لأنَّه لم يَملِكِ الدَّينَ بالأداءِ، وتمامُهُ في "الفتح"[١].

[٢٥٦١٤] (قولُهُ: وإنْ بغيرِهِ) أي: وإنْ كفَلَ بغيرِ أمرِهِ لا يرجِعُ.

[٢٥٦١٥] (قولُهُ: إلاّ إذا أجازَ في المجلسِ) أي: قبلَ قَبُولِ الطّالبِ، فلو كفَلَ بحضرتِهما بلا أمرِهِ فرَضِيَ المطلوبُ أوَّلاً رجَعَ، ولو رَضِيَ الطّالبُ أوَّلاً لا؛ لتمامِ العَقدِ به فلا يتغيَّرُ، "قُهستاني"[٢] عن "الخانيَّة"[٣]. وقدَّمناهُ[٤] أيضاً عن "السِّراج".

[٢٥٦١٦] (قولُهُ: وحيلةُ الرُّجوعِ بلا أمرٍ إلخ) عبارةُ "الولوالجيَّة"[٥]: ((رجلٌ كفَلَ بنفسِ رجلٍ ولم يقدِرْ على تسليمِهِ، فقال له الطّالبُ: ادفَعْ إليَّ مالي على المكفُولِ[٦] عنه حتّى تبرأَ مِن الكفالةِ، فأرادَ أنْ يؤدِّيَهُ على وجهٍ يكونُ له حَقُّ الرُّجوعِ على المطلوبِ، فالحيلةُ في ذلك أنْ يدفَعَ الدَّينَ إلى الطّالبِ ويهَبَهُ الطّالبُ ما له على المطلوبِ ويُوكِّلَهُ بقَبْضِهِ، فيكونُ له حَقُّ المطالبةِ،

(قولُهُ: فإنَّه يرجِعُ بما أدَّى إلخ) هذا ظاهرٌ إذا لم يُخالِفْ أمرَهُ بالزِّيادةِ أو بجنسٍ آخَرَ، وقال في "البحر": ((بخلافِ المأمورِ بقضاءِ الدَّينِ فإنَّه يرجِعُ بما أدَّى إنْ أدَّى أرْدَأَ، وإنْ أَجْوَدَ لم يرجِعْ إلاّ بالدَّينِ، فيرجِعُ بما أدَّى ما لم يُخالِفْ أمرَهُ بالزِّيادةِ إلى جنسٍ آخَرَ)).

---

(١) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٥ وما بعدها.

(٢) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ٢/١١٤بتصرف.

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٣/٦٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [٢٥٥٦٢] قوله: ((ولو فضُوليّاً)).

(٥) "الولوالجية": كتاب الحيل د/٤٢٦ ـ ٤٢٧.

(٦) في "م": ((الكفول))، وهو خطأ.

....

فإذا قبَضَهُ يكونُ له حَقُّ الرُّجوعِ؛ لأنَّه لو دفَعَ المالَ إليه بغيرِ هذه الحيلةِ يكونُ مُتطوِّعاً، ولو أدَّى بشرطِ أنْ لا يرجِعَ لا يَجُوزُ)) اهـ. [٣/ق١٧٥/ب] ولا يخفَى أنَّه ليس في ذلك كفالةُ مالٍ، بل كفالةُ نفسٍ فقط، لكنْ إذا ساغَ له الرُّجوعُ بدونِ كفالةٍ بهذه الحيلةِ فمع الكفالةِ أَوْلى، لكن عَلِمتَ آنفاً أنَّ هبةَ الطَّالبِ الدَّينَ للكفيلِ لا يُشترَطُ فيها الإذنُ بقَبْضِهِ؛ لأنَّ عقدَ الكفالةِ يتضمَّنُ إذنَهُ بالقَبْضِ عندَ الأداءِ. والظَّاهرُ أنَّه لا فرقَ في ذلك بينَ كونِها بإذنِ المطلوبِ أو بدونِهِ، فقولُ "الشّارحِ": ((ويُوكِّلَهُ بقَبْضِهِ)) غيرُ لازمٍ هنا، بخلافِهِ في مسألةِ "الولوالجيَّة"؛ لأنَّها ليس فيها عَقْدُ كفالةٍ بالمالِ، فلذلك ذكَرَ فيها التَّوكيلَ بالقَبْضِ؛ إذ لا تَصِحُّ الهبةُ بدونِهِ.

وأُورِدَ أنَّه إذا دفَعَ دَيْنَ الأصيلِ بَرِئَ الأصيلُ مِن دَيْنِهِ، فلا رُجوعَ له عليه إلاّ إذا دفَعَ قَدْرَ الدَّينِ مِن غيرِ تعرُّضٍ لكونِهِ دَيْنَ الأصيلِ، أي: بأنْ يدفَعَهُ للطّالبِ على وجهِ الهبةِ.

قلتُ: هذا واردٌ على مسألةِ "الولوالجيَّة"، أمّا على ما ذكَرَهُ "الشّارحُ" مِن فَرْضِ

(قولُهُ: فإذا قبَضَهُ) أي: المطالِبُ، يكونُ للكفيلِ الرُّجوعُ على المطلوبِ بمقتضى الهبةِ.

(قوله: ولو أدَّى بشرطِ أنْ لا يرجِعَ لا يَجُوزُ) أي: الرُّجوعُ على المطلوبِ.

(قولُهُ: قلتُ: هذا واردٌ على مسألةِ "الولوالجيَّة" إلخ) فيه: أنَّ مسألةَ "الشّارحِ" هو عَيْنُ ما في "الولوالجيَّة" لا غيرُهُ، وعلى فَرْضِ أنَّه غيرُهُ فالظّاهرُ وُرودُهُ عليهما، فإنّا لو قُلنا: إنَّ الكفيلَ ملَكَ الدَّينَ بمجرَّدِ الهبةِ لا معنى لأداءِ الدَّينِ بعدَ ذلك للطّالبِ بعدَها؛ لأنَّه لا دَيْنَ له بعدَها، بل صار مِلكاً للكفيلِ، فكيف يتأتَّى أداؤُهُ إليه إلاّ على وجهِ الهبةِ المبتدأةِ؟! وحينئذٍ لا فرقَ بينَ كونِها قبلَ الأداءِ بهذا المعنى أو بعدَهُ، تأمَّلْ.

ثُمَّ إنَّ ما يأتي في الهبةِ أنَّ هبةَ الدَّينِ لغيرِ مَن عليه لا تَصِحُّ إلاّ إذا أمَرَهُ بقَبْضِهِ، وأنَّه يكونُ قابضاً للواهبِ نيابةً ثُمَّ لنفسِهِ بحُكمِ الهبةِ، وقالوا: مُقتضاهُ لا تلزَمُ إلاّ إذا قَبَضَ، وله مَنْعُهُ وعَزْلُهُ عن التَّسليطِ قبلَهُ، ومقتضى ما قالوه هنا أنَّه يَملِكُهُ بمجرَّدِ الهبةِ. والظّاهرُ أنَّ المرادَ بصحَّةِ الهبةِ له انعقادُها مُوجِبةً للرُّجوعِ على الأصيلِ لا أنَّه ملَكَ الدَّينَ حقيقةً بمجرَّدِها، وإلاّ كيف يتأتّى ذلك؟! مع أنَّه لو وهَبَهُ عَيْناً في يدِ غيرِهِ وسلَّطَهُ على قَبْضِها لا يَملِكُها إلاّ به، فالدَّينُ الذي هو وصفٌ قائمٌ في الذِّمَّةِ أَوْلى، تأمَّلْ. وبهذا يتوافقُ ما هنا وما قالوه في هبةِ الدَّينِ لغيرِ مَن عليه.

لأنَّ تَملُّكَهُ بالأداءِ. نَعَمْ، للكفيلِ أَخْذُ رهنٍ مِن الأصيلِ قبلَ أدائهِ، "خانيَّة"، (فإنْ لُوزِمَ) الكفيلُ (لازَمَهُ) أي: لازَمَ هو الأصيلَ أيضاً حتّى يُخلِّصَهُ. ....

المسألةِ في الكفيلِ بلا أمرٍ فلا؛ لِما عَلِمتَ مِن أنَّ الكفيلَ يَملِكُ الدَّينَ بمجرَّدِ الهبةِ ويرجعُ بعَيْنِهِ على الأصيلِ، فافهمْ. نَعَمْ ينبغي أنْ تكونَ الهبةُ سابقةً على أداءِ الكفيلِ وإلاّ كانت هبةَ دَيْنٍ سقَطَ بالأداءِ فلا تَصِحُّ.

[٢٥٦١٧] (قولُهُ: لأنَّ[١] تَملُّكَهُ بالأداءِ) أي: تَملُّكَ الكفيلِ الدَّينَ إنَّما يثبُتُ له بالأداءِ لا قبلَهُ، فإذا أدّاهُ يصيرُ كالطّالبِ كما قرَّرناهُ آنفاً[٢]، فحينئذٍ يثبُتُ له حَبْسُ المطلوبِ.

[٢٥٦١٨] (قولُهُ: نَعَمْ، للكفيلِ أَخْذُ رهنٍ إلخ)يعني: لو دفَعَ الأصيلُ إلى الكفيلِ رهناً بالدَّينِ فله أَخْذُهُ، والأَوْلى في التَّعبيرِ أنْ يُقالَ: نَعَمْ، للأصيلِ دَفْعُ رهنٍ للكفيلِ؛ لئلاّ يُوهِمَ لُزومَ الدَّفعِ على الأصيلِ بطلبِ الكفيلِ، وقد تَبِعَ "الشّارحُ" في هذا التَّعبيرِ صاحبَ "البحر"[٣] أَخْذاً مِن عبارةِ "الخانيَّة"[٤] مع أنَّها إنَّما تُفيدُ ما قُلنا، فإنَّه قال فيها[٤]: ((ذَكَرَ في "الأصلِ"[٥] أنَّه لو كفَلَ بمالٍ مؤجَّلٍ على الأصيلِ فأعطاهُ المكفُولُ عنه رهناً بذلك جازَ، ولو كفَلَ بنفسِ رجلٍ على أنَّه إنْ لم يُوافِ به إلى سنةٍ فعليه المالُ الذي عليه وهو ألفُ درهمٍ، ثمَّ أعطاهُ المكفُولُ عنه بالمالِ رهناً إلى سنةٍ كان الرَّهنُ باطلاً؛ لأنَّه لم يَجِبِ المالُ للكفيلِ على الأصيلِ بعدُ،

(قولُهُ: لأنَّه لم يَجِبِ المالُ للكفيلِ على الأصيلِ بعدُ) هذه العِلَّةُ موجُودةٌ في مسألةِ "الشّارحِ" ومع ذلك صحَّ الرَّهنُ. نَعَمْ، يُقال: إنَّ مسألةَ "الشّارحِ": وجَبَ الدَّينُ للكفيلِ مؤجَّلاً، بخلافِ مسألةِ التَّعليقِ، فإنَّه لم يَجِبْ أصلاً على ما يأتي.

---

(١) في "الأصل" و"ك" و"آ": ((لأنه)).

(٢) المقولة [٢٥٦١٣] قوله: ((لِمِلكِهِ الدَّينَ بالأداءِ إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٤/٦.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٣/٣ ـ ٦٤ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) كتاب الكفالة ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(وإذا حبَسَهُ له حَبْسُهُ) هذا إذا كفَلَ بأمرِهِ ولم يكنْ على الكفيلِ للمطلوبِ دَيْنٌ مثلُهُ، وإلاّ فَلا مُلازمَةَ ولا حَبْسَ، "سراج". وفي "الأشباه"[(١)]: ....

وكذا لو قال: إنْ ماتَ فُلانٌ ولم يُؤدِّكَ فهو عليَّ، ثمَّ أعطاهُ المكفُولُ عنه رهناً لم يَجُزْ، وعن "أبي يوسفَ" في "النَّوادرِ": يَجُوزُ)) اهـ.

[٢٥٦١٩] (قولُهُ: وإذا حبَسَهُ له حَبْسُهُ) في "حاشية المنح" لـ "الرَّمليِّ": ((أقولُ: سيأتي في كتابِ القضاءِ مِن بحثِ الحبسِ أنَّ المكفُولَ له يتمكَّنُ مِن حَبْسِ الكفيلِ والأصيلِ وكفيلِ الكفيلِ وإنْ كثُروا)) اهـ.

[٢٥٦٢٠] (قولُهُ: هذا إذا كفَلَ بأمرِهِ إلخ) تقييدٌ لقولِ "المصنِّف": ((فَإنْ لُوزِمَ لازَمَهُ إلخ))، وقيَّدَهُ أيضاً في "البحر"[(٢)] بحثاً: ((بما إذا كان المالُ حالاً على الأصيلِ كالكفيلِ، وإلاّ فليس له مُلازمتُهُ)) اهـ. وقيَّدَهُ في "الشُّرنبُلاليَّة"[(٣)] أيضاً: ((بما إذا لم يكنِ المطلوبُ مِن أصولِ الطَّالبِ، فلو كان أباهُ مثلاً ليس له حَبْسُ الكفيلِ؛ لِما يلزَمُ مِن فعلِ ذلك بالمطلوبِ، وهو مُمتنِعٌ)) أي: لأنَّه لا يُحبَسُ الأصلُ بدَيْنِ فَرْعِهِ، وإذا امتنَعَ اللاّزمُ امتنَعَ الملزُومُ، واعترَضَهُ السَّيِّدُ "أبو السُّعود"[(٤)]: ((بمَنْعِ الملازمةِ، وبأنَّه مُخالِفٌ للمنقولِ في "القُهستانيِّ"[(٥)]، فلا يُعوَّلُ عليه وإنْ تَبِعَهُ بعضُهم)) اهـ.

قلتُ: وعبارةُ "القُهستانيِّ"[(٥)]: ((وإن حُبِسَ حبَسَ هو المكفُولَ عنه إلاّ إذا كان كفيلاً عن أحدِ الأبوينِ أو الجدَّينِ، فإنَّه إنْ حُبِسَ لم يَحبِسْهُ، به يُشعِرُ قضاءُ "الخلاصة"[(٦)])) اهـ.

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٢ـ.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٥.

(٣) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٢/٣٠٣ بتصرف (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "فتح المعين": كتاب الكفالة ٣/١١.

(٥) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ٢/١١٤ بتصرف.

(٦) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل التاسع في الحبس ـ الجنس الأول ق٢٠٩/أ.

....

٤/٢٧٢ ولا يخفَى أنَّ المتبادرَ مِن هذه العبارةِ ما إذا كان الطّالبُ أجنبيّاً والمطلوبُ ـ أي: المَدينُ ـ أصلاً للكفيلِ لا للطّالبِ، وهذا غيرُ ما في "الشُّرنبُلاليَّة"، وهو ما إذا كان المطلوبُ أصلاً للطّالبِ لا للكفيلِ، فما في "الشُّرنبُلاليَّة" تقييدٌ لقولِهم: إنَّ للطّالبِ حَبْسَ الكفيلِ، وما في "القُهستانيِّ" تقييدٌ لقولِهم: للكفيلِ حَبْسُ المكفُولِ إذا حُبِسَ، أي: إذا كان المكفُولُ أصلاً للكفيلِ فللطّالبِ الأجنبيِّ حَبْسُ الكفيلِ، وليس للكفيلِ إذا حُبِسَ أنْ يَحبِسَ المكفُولَ؛ لكونِهِ أصلَهُ، بخلافِ ما إذا كان المكفُولُ أصلاً للطّالبِ، فإنَّه ليس للطّالبِ [٣/ق١٧٦/أ] حَبْسُ الكفيلِ؛ لأنَّه يلزَمُ مِن حَبْسِهِ له أنْ يَحبِسَ هو المكفُولَ، فيلزَمُ حَبْسُ الأصلِ[1] بدَيْنِ فَرْعِهِ، وقد ذكَرَ ذلك "الشُّرنبُلاليُّ" في رسالةٍ خاصَّةٍ[2]، وذكَرَ فيها أنَّه سُئِلَ عن هذه المسألةِ ولم يَجِدْ فيها نقلاً وحقَّقَ فيها ما ذكَرناهُ، لكنْ ذكَرَ "الخيرُ الرَّمليُّ" في "حاشية البحر" في بابِ الحبسِ مِن كتابِ القضاءِ: ((أنَّه وقَعَ الاستفتاءُ عن هذه المسألةِ))، ثمَّ قال: ((للكفيلِ حَبْسُ المكفُولِ الذي هو أصلُ الدّائنِ؛ لأنَّه إنَّما حُبِسَ لحَقِّ الكفيلِ، ولذلك يرجِعُ عليه بما أدَّى، فهو محبوسٌ بدَيْنِهِ، فلم يدخُلْ في قولِهم: لا يُحبَسُ أصلٌ في دَيْنِ فَرْعِهِ؛ لأنَّه إنَّما حبَسَهُ أجنبيٌّ فيما ثبَتَ له عليه)) اهـ مُلخَّصاً. ومُفادُهُ أنَّ للطّالبِ الذي هو فرعُ المكفُولِ حَبْسَ الكفيلِ الأجنبيِّ؛ لأنَّ الكفيلَ لا يَحبِسُ المكفُولَ ما لم يَحبِسْهُ الطّالبُ، ولا يخفَى أنَّ المكفُولَ إنَّما يُحبَسُ بدَيْنِ الطّالبِ حقيقةً، فيلزَمُ حَبْسُ الأصلِ بدَيْنِ فَرْعِهِ وإنْ كان الحابسُ له مباشرةً غيرَ الفرعِ.

(قولُهُ: ولا يخفَى أنَّ المكفُولَ إنَّما يُحبَسُ بدَيْنِ الطّالبِ حقيقةً، فيلزَمُ حَبْسُ الأصلِ بدَيْنِ فَرْعِهِ إلخ) سيأتي له عن "النِّهاية" عندَ قولِهِ: ((ولا يَستردُّ أصيلٌ ما أدَّى إلى الكفيلِ)): ((أنَّ الكفالةَ تُوجِبُ دَيْناً للكفيلِ على الأصيلِ لكنَّه مؤجَّلٌ إلى وقتِ الأداءِ، ولذا لو أخَذَ الكفيلُ مِن الأصيلِ رهناً، أو أبرَأَهُ، أو وهَبَ مِنه الدَّينَ صحَّ إلخ)). ومقتضى هذا صحَّةُ ما قالَهُ "الرَّمليُّ"، وأنَّ الحبسَ إنَّما لدَيْنِ الكفيلِ وإنْ كان مؤجَّلاً؛ لأنَّه هو الذي أوقَعَهُ في هذه الورطةِ، تأمَّلْ.

---

(١) في "الأصل": ((الأصيل)).

(٢) انظر الرسالة السابعة والثلاثين المسماة: "النعمة المجددة بكفيل الوالدة" ق٢٣٨/ب (ضمن "رسائل الشرنبلالي").

((أداءُ الكفيلِ يُوجِبُ براءَتَهما للطّالبِ، إلاّ إذا أحالَهُ الكفيلُ على مديونِهِ وشرَطَ براءةَ نفسِهِ فقط)). ....

نَعَمْ يظهَرُ ما ذكَرَهُ "الخيرُ الرَّمليُّ" على القولِ بأنَّ الكفالةَ ضَمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في الدَّينِ، لكنْ عَلِمتَ أنَّ الكفيلَ لا يَملِكُ الدَّينَ قبلَ الأداءِ فبَقِيَ الدَّينُ للطّالبِ ولَزِمَ المحذورُ، واللهُ سبحانه أعلَمُ، فافهمْ.

[٢٥٦٢١] (قولُهُ: يُوجِبُ براءَتَهما) أي: براءةَ الكفيلِ والأصيلِ. وقولُهُ: ((للطّالبِ)) قيل: متعلّقٌ بـ: ((أداءُ)).

قلتُ: وفيه بُعدٌ، والأظهَرُ تعلُّقُهُ بمحذوفٍ على أنَّه حالٌ مِن ((براءةَ)) أي: مُنتهيةً إلى الطّالبِ، على أنَّ ((اللاّمَ)) بمعنى ((إلى))، ونظيرُهُ قولُهُ الآتي: ((بَرِئتَ إليَّ))، فافهمْ.

[٢٥٦٢٢] (قولُهُ: إلاّ إذا أحالَهُ) فإنَّ الحوالةَ ـ كما يأتي[1] ـ نَقْلُ الدَّينِ مِن ذِمَّةِ المُحيلِ إلى ذِمَّةِ المُحال عليه، فهو في حُكمِ الأداءِ، فصحَّ الاستثناءُ، فافهمْ.

[٢٥٦٢٣] (قولُهُ: وشرَطَ براءةَ نفسِهِ فقط) فحينئذٍ يبرأُ الكفيلُ دونَ الأصيلِ، وللطّالبِ أَخْذُ الأصيلِ أو المُحالِ عليه بدَيْنِهِ ما لم يَتْوَ[2] المالُ على المُحالِ عليه، وبدون هذا الشَّرطِ يبرأُ الأصيلُ أيضاً؛ لأنَّ الدَّينَ عليه، والحوالةُ حصَلَت بأصلِ الدَّينِ فتضَمَّنَت براءَتَهما كما في "البحر"[3] عن "السِّراج".

(قولُهُ: نَعَمْ يظهَرُ ما ذكَرَهُ "الخيرُ الرَّمليُّ" على القولِ بأنَّ الكفالةَ ضَمُّ ذمَّةٍ إلخ) لا يظهَرُ ما قالَهُ "الرَّمليُّ" على هذا القولِ أيضاً، فإنَّه لا دَيْنَ للكفيلِ على المطلوبِ وإنْ كان كلٌّ مِنهما مديوناً للطّالبِ.

---

(١) المقولة [٢٥٨٢٧] قوله: ((وشرعاً: نَقلُ الدَّينِ إلخ)).

(٢) في "م": ((ينو)) بالنون، وهوخطأ.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٦.

(وبَرِئَ) الكفيلُ (بأداءِ الأصيلِ) إجماعاً، إلاّ إذا بَرهَنَ على أدائِهِ قبلَ الكفالةِ فيبرأُ فقط كما لو حلَفَ، ....

مطلبٌ فيما يبرَأُ به الكفيلُ[1] عن المال

[٢٥٦٢٤] (قولُهُ: وبَرِئَ الكفيلُ بأداءِ الأصيلِ) وكذا يبرأُ لو شرَطَ الدَّفعَ مِن وديعةٍ فهلَكَتْ، ففي "الكافي": ((لو كفَلَ بألفٍ عن فُلانٍ على أنْ يُعطيَها إيّاه مِن وديعةٍ لفُلانٍ عندَهُ جازَ، فإنْ هلَكَتِ الوديعةُ فلا ضمانَ على الكفيلِ)) اهـ. وفيه أيضاً في بابِ بُطلانِ المالِ عنِ الكفيلِ بغيرِ أداءٍ ولا إبراءٍ: ((لو كفَلَ عن رجلٍ بالثَّمنِ فاستُحِقَّ المبيعُ مِن يدِهِ، أو ردَّهُ بعيبٍ ولو بلا قضاءٍ، أو بإقالةٍ، أو بخِيارِ رؤيةٍ، أو بفسادِ البيعِ بَرِئَ الكفيلُ. وكذا لو بطَلَ المهرُ أو بعضُهُ عنِ الزَّوجِ بوجهٍ بَرِئَ مِمّا بطَلَ عنِ الزَّوجِ، أو ضَمِنَ المشتري الثَّمنَ لغريمِ البائعِ فاستُحِقَّ المبيعُ مِن يدِ المشتري بطَلَتِ الكفالةُ أيضاً، وكذلك الحوالةُ، أمّا لو ردَّهُ المشتري بعيبٍ ولو بلا قضاءٍ لم يبرأِ الكفيلُ ويرجعُ به على البائعِ، وكذا لو هلَكَ المبيعُ قبلَ التَّسليمِ، أو ضَمِنَ الزَّوجُ مهرَ المرأةِ لغريمِها ثمَّ وقعَت بينَهما فُرقةٌ مِن قِبَلِهِ أو مِن قِبَلِها لم يبطُلِ الضَّمانُ))، وتمامُهُ فيه.

[٢٥٦٢٥] (قولُهُ: إلاّ إذا بَرهَنَ) أي: الأصيلُ على أدائهِ قبلَ الكفالةِ فيبرأُ ـ أي: الأصيلُ ـ فقط ـ أي: دونَ الكفيلِ ـ؛ لأنَّه أقرَّ بهذه الكفالةِ أنَّ الألفَ على الأصيلِ، وبهذا يظهَرُ أنَّ الاستثناءَ مُنقطِعٌ؛ لِما في "البحر"[2]: ((مِن أنَّ هذا ليس مِن البراءةِ، وإنَّما تبيَّنَ أنْ لا دَيْنَ على الأصيلِ، والكفيلُ عُومِلَ بإقرارِهِ))، أي: لأنَّ البيِّنةَ لَمّا قامت على الأداءِ قبلَ الكفالةِ عُلِمَ أنَّ ما كفَلَ به الكفيلُ غيرُ هذا الدَّينِ، بخلافِ ما إذا بَرهَنَ أنَّه قضاهُ بعدَ الكفالةِ ففي "البحر"[3] أنَّهما يبرآنِ.

(قولُهُ: أمّا لو ردَّهُ المشتري بعيبٍ ولو بلا قضاءٍ لم يبرَأ الكفيلُ إلخ) هذا بالنِّسبةِ للغريمِ كما هو ظاهرٌ. وقولُهُ: ((بلا قضاءٍ)) لعلَّ حَقَّهُ: ولو بقضاءٍ[4].

---

(١) في "م": ((الكيل))، وهو خطأ.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٥/٦ ـ ٢٤٦.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٥/٦.

(٤) **نقول**: عبارة "المبسوط" ٩٦/٢٠: ((أو ردَّه المشتري بعيب بقضاء أو بغير قضاء...إلخ))، وعليه فلا يتّجه ما أورده الرّافعيّ على العبارة.

"بحر". (ولو أبرَأَ) الطّالبُ (الأصيلَ، أو أخَّرَ عنه) أي: أجَّلَهُ ....

[٢٥٦٢٦] (قولُهُ: "بحر") صوابُهُ "نهر"[١]، فإنّه نقَلَ عن "القنية"[٢]: ((براءةُ الأصيلِ إنّما تُوجبُ براءةَ الكفيلِ إذا كانت بالأداءِ أو الإبراءِ، فإنْ كانت بالحَلِفِ فلا؛ لأنَّ الحَلِفَ يُفيدُ براءةَ الحالفِ فحَسْبُ)) اهـ. [٣/ق١٧٦/ب] والظّاهرُ أنَّه مصوَّرٌ فيما إذا كانتِ الكفالةُ بغيرِ أمرِهِ، وإلاّ فقولُهُ: اكفُلْ عنّي لفُلانٍ بكذا إقرارٌ بالمالِ لفُلانٍ كما في "الخانيَّة"[٣] وغيرِها، وحينئذٍ فإذا ادَّعَى عليه المالَ فأنكرَ وحلَّفَهُ بَرِئَ وحدَهُ، وإنّما قُلنا كذلك لأنَّه لو ادَّعَى الأصيلُ الأداءَ فعليه البيِّنةُ لا اليمينُ، تأمَّلْ.

[٢٥٦٢٧] (قولُهُ: ولو أبرَأَ الطّالبُ الأصيلَ إلخ) محلُّ براءةِ الكفيلِ بإبراءِ الطّالبِ الأصيلَ إذا لم يكفُلْ بشرطِ براءةِ الأصيلِ، فإنْ كفَلَ كذلك بَرِئَ الأصيلُ دونَ الكفيلِ؛ لأنَّها حوالةٌ، "ط"[٤]. ولو قال: ولو بَرِئَ الأصيلُ لشَمِلَ ما في "الخانيَّة"[٥]: ((لو ماتَ الطّالبُ والأصيلُ وارثُهُ بَرِئَ الكفيلُ أيضاً)) اهـ "بحر"[٦].

(قولُهُ: والظّاهرُ أنَّه مصوَّرٌ فيما إذا كانت الكفالةُ بغيرِ أمرِهِ إلخ) يصوَّرُ أيضاً بما إذا كانت بأمرِهِ، بأنْ قال: اكفُلْني بما عليَّ فكفَلَهُ بألفٍ وأنكَرَ أنْ تكونَ عليه، بل قال: عليَّ غيرُها أو أقلُّ وحلَفَ، فإنَّ الكفيلَ يُطالَبُ بها ويبرأُ الأصيلُ عنها بحَلِفِهِ وإنْ كان يلزَمُهُ ما أقرَّ به.

(قوله: محلُّ براءةِ الكفيلِ بإبراءِ الطّالبِ الأصيلَ إذا لم يكفُلْ بشرطِ براءةِ الأصيلِ إلخ) هكذا ذكره في "البحر"، ويظهرُ أنّه لا حاجةَ له، فإنّ الأصيلَ بَرِئَ بمجرَّدِ الكفالةِ على الوجهِ المذكورةِ بدون توقُّفٍ على الإبراءِ؛ لأنها حينئذٍ إبراءٌ.

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٨/ب، **نقول:** والمسألة في "البحر" أيضاً بتصرف، انظر "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٥/٦.

(٢) "القنية": كتاب الكفالة ـ باب أداء الأصيل إلى الكفيل ق١٥٧/ب، نقلاً عن "فتاوى جواهر زاده".

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦١/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "ط": كتاب الكفالة ١٥٦/٣.

(٥) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٧٠/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٥/٦.

(بَرِئَ الكفيلُ) تَبَعاً للأصيلِ إلاّ كفيلَ النَّفسِ كما مرَّ، (وتأخَّرَ) الدَّينُ (عنه) تَبَعاً للأصيلِ؛ إلاّ إذا صالَحَ المكاتَبُ عن قتلِ العَمْدِ بمالٍ،..........................

[٢٥٦٢٨] (قولُهُ: بَرِئَ الكفيلُ) بشرطِ قَبُولِ الأصيلِ، وموتُهُ قبلَ القَبُولِ والرَّدِّ يقومُ مَقامَ القَبُولِ، ولو رَدَّهُ ارتدَّ، وهل يعودُ الدَّينُ على الكفيلِ أم لا؟ خِلافٌ، كذا في "الفتح"[١]، "نهر"[٢]. وَفي "التتارخانية"[٣] عن "المحيط"[٤]: ((لا ذِكْرَ لهذِهِ المسألةِ في شيءٍ من الكتبِ، واختلَفَ المَشايخُ فمِنهم مَن قالَ: لا يبرأُ الكفيلُ، أي: بردِّ الأصيلِ الإبراءَ كما في رَدِّ الهبةِ، ومِنهم مَن قال: يبرأُ الكفيلُ)) اهـ. قال في "الفتح"[٥]: ((وهذا بخلافِ الكفيلِ، فإنّه إذا أبرَأَهُ صحَّ وإنْ لم يقبَلْ، ولا يرجعُ على الأصيلِ، ولو كان إبراءُ الأصيلِ أو هبتُهُ أو التَّصدُّقُ عليه بعدَ موتِهِ فعندَ "أبي يوسفَ": القَبُولُ والرَّدُّ للوَرَثةِ، فإنْ قَبِلُوا صحَّ، وإنْ رَدُّوا ارتدَّ، وقال "محمَّدٌ": لا يرتدُّ بردِّهم كما لو أبرَأَه[٦] في حالِ حياتِهِ ثمَّ ماتَ، وهذا يختصُّ بالإبراءِ)) اهـ.

٢٧٣/٤

[٢٥٦٢٩] (قولُهُ: كما مرَّ) أي: قبيلَ الكفالةِ بالمالِ[٧].

[٢٥٦٣٠] (قولُهُ: وتأخَّرَ الدَّينُ عنه) مُرتبِطٌ بقولِهِ: ((أو أخَّرَ عنه))، وشَمِلَ كفيلَ الكفيلِ، فإذا أخَّرَ الطَّالبُ عن الأصيلِ تأخَّرَ عن الكفيلِ وكفيلِهِ، وإنْ أخَّرَهُ عن الكفيلِ الأوَّلِ تأخَّرَ عن

(قوله: بشرط قبول الأصيل إلخ) سكوتُهُ كذلك كما في "السِّنديِّ"، فاشتراطُ القَبُولِ ليس على ظاهرِهِ، بل المرادُ أنَّه يُشترَطُ عَدَمُ الرَّدِّ فيدخلُ السُّكوتُ.

(قولُهُ: كما لو أبرَأَهم إلخ) حَقُّهُ ضميرُ الإفرادِ، تأمَّلْ.

---

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٧/٦.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٨/ب.

(٣) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل العاشر في براءة الكفيل إلخ ٤/ق ٢١٢/أ.

(٤) **نقول**: نقل المسألة في "التاترخانية" عن "شرح الجامع" لا "المحيط"، على أننا لم نعثر على هذه المسألة في "المحيط البرهاني" ولا في "شرح الجامع الصغير" لقاضي خان.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٧/٦.

(٦) الذي في النسخ جميعها و"الفتح": ((أبرأهم))، وسياق المسألة يقتضي ما أثبتناه من ضمير الإفراد، وهو صريح عبارة "البحر" ٢٤٦/٦، وقد أشار إليه الرافعي رحمه الله.

(٧) صـ٧٣ـ "در".

ثمَّ كفَلَهُ إنسانٌ، ثمَّ عجزَ المكاتَبُ تأخَّرَتْ مطالبةُ المُصالِحِ إلى عِتقِ الأصيلِ، وله مطالبةُ الكفيلِ الآنَ، "أشباه"[١]. (ولا ينعكِسُ) لعَدَمِ تبعيَّـةِ الأصـلِ للفـرعِ. نَعَـمْ لـو تكفَّـلَ بالحالِّ مؤجَّلاً تأجَّلَ عنهما؛ ....

الثّاني أيضاً لا عن الأصيلِ كما في "الكافي"، وشرطُهُ أيضاً قَبُولُ الأصيلِ، فلـو ردَّهُ ارتـدَّ كمـا أفادَهُ في[٢] "الفتح"[٣].

[٢٥٦٣١] (قولُهُ: تأخَّرَتْ مطالبةُ المُصالِحِ) مصدرٌ مضافٌ إلى مفعولِهِ والمرادُ بـه المكـاتَبُ، والفاعلُ وليُّ القتيلِ، أو إلى فاعلِهِ، والمرادُ به الوليُّ، والمفعولُ المكـاتَبُ، فـإنَّ المصالَحـةَ مفاعلـةٌ مِن الطَّرفين، وهذا أَوْلى؛ لئلاّ يلزَمَ الإظهارُ في مَقامِ الإضمارِ، فافهمْ.

ومثلُ هذه المسألةِ ما لو كفَلَ العبدَ المحجورَ بما لَزِمَهُ بعدَ عِتقِهِ، فـإنَّ المطالبـةَ تتـأخَّرُ عـن الأصيلِ إلى عِتقِهِ، ويُطالَبُ كفيلُهُ للحالِ، لكنْ في هذين الفرعين تأخَّرَ لا بتأخيرِ الطّالبِ، فلـم يدخُلا في كلامِ "المصنِّف" كما أفادَهُ في "البحر"[٤] و"النَّهر"[٥].

[٢٥٦٣٢] (قولُهُ: ولا ينعكِسُ) أي: لو أبرَأَ الكفيلَ، أو أخَّرَ عنه ـ أي: أجَّلَهُ بعـدَ الكفالـةِ بالمالِ ـ حالاًّ لا يبرأُ الأصيلُ ولا يتأخَّرُ عنه، قال في "النَّهر"[٥]: ((وإذا لم يبرأ الأصيلُ لم يرجِـعْ عليه الكفيلُ بشيءٍ، بخلافِ ما لو وهَبَهُ الدَّينَ أو تصدَّقَ عليه به حيث يرجِعُ)) اهـ.

[٢٥٦٣٣] (قولُهُ: نَعَمْ لو تكفَّلَ بالحالِّ مؤجَّلاً إلخ) أفادَ أنَّه لو كان مؤجَّلاً علـى الأصيـلِ فكفَلَ به[٦] تأخَّرَ عنهما بالأَوْلى وإنْ لم يُسَمِّ الأجَلَ في الكفالةِ كما صرَّحَ به في "الكافي" وغيرِهِ.

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٢ـ.

(٢) ((في)) ليست في "م".

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٧.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٦.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٨/ب.

(٦) في "الأصل": ((فكفل عنه)).

لأنَّ تأجيلَهُ على الكفيلِ تأجيلٌ عليهما، ....

[٢٥٦٣٤] (قولُهُ: لأنَّ تأجيلَهُ على الكفيلِ تأجيلٌ عليهما) هذا التَّعليلُ غيرُ تامٍّ، فإنَّ العِلَّةَ كما في "الفتح"[(١)]: ((هي أنَّ الطَّالبَ ليس له حالَ الكفالةِ حَقٌّ يقبَلُ التَّأجيلَ إلاَّ الدَّينَ، فالبضَّرورةِ يتأجَّلُ عن الأصيلِ بتأجيلِ الكفيلِ، أمَّا في مسألةِ "المتن" وهي ما إذا كانتِ الكفالةُ ثابتةً قبلَ التَّأجيلِ فقد تقرَّرَ حُكمُها وهو المطالبةُ، ثمَّ طرَأَ التَّأجيلُ عن الكفيلِ فينصَرِفُ إلى ما تقرَّرَ عليه بها، وهو المطالبةُ)).

مطلبٌ: لو كفَلَ بالقَرْضِ مؤجَّلاً تأجَّلَ عن الكفيلِ دونَ الأصيلِ

(تنبيهٌ)

ما ذكَرَهُ "الشّارحُ" تَبَعاً لـ"الهداية"[(٢)] وغيرِها: ((مِن أنَّه يتأجَّلُ عليهما)) يُستثنَى مِنه ما إذا أضافَ الكفيلُ الأجلَ إلى نفسِهِ بأنْ قال: أجِّلْني، أو شرَطَ الطَّالبُ وقتَ الكفالةِ الأجلَ للكفيلِ خاصَّةً، فلا يتأخَّرُ الدَّينُ حينئذٍ عن الأصيلِ كما ذكَرَهُ في "الفتاوى الهنديَّة"[(٣)]، ونقَلَ "ط"[(٤)] عبارتَها. ويُستثنَى أيضاً ما لو كفَلَ بالقَرْضِ مؤجَّلاً إلى سنةٍ مثلاً فهو على الكفيلِ إلى [٣/ق١٧٧/أ] الأجلِ، وعلى الأصيلِ حالٌّ كما في "البحر"[(٥)] عن "التّاترخانيَّة"[(٦)] معزيّاً إلى "الذَّخيرة" و"الغياثيَّة"[(٧)]، ثمَّ نقَلَ[(٨)] خلافَهُ عن "تلخيص الجامع": ((مِن شُمولِهِ للقَرْضِ، وأنَّ هذا هو الحيلةُ في تأجيلِ القَرْضِ))، وسيذكرُهُ "الشّارحُ"[(٩)] آخرَ البابِ.

---

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٨/٦ بتصرف.

(٢) "الهداية": كتاب الكفالة ٩١/٣.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب الكفالة ـ الفصل الخامس في التعليق والتعجيل ٢٧٩/٣.

(٤) "ط": كتاب الكفالة ١٥٦/٣.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٧/٦.

(٦) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل السادس في الأجل والخيار في الكفالة ٤/ق٢٠٦/ب.

(٧) **نقول**: عزا صاحب "التاترخانية" المسألة إلى "الذخيرة" و"الفتاوى العتابية"، لا إلى "الفتاوى الغياثية"، وكذلك وردت عند ابن عابدين رحمه الله في "العقود الدريّة" ٢٧٧/١، على أننا لم نعثر على المسألة في "الفتاوى الغياثية".

(٨) أي: صاحب "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٧/٦.

(٩) صـ١٩١ـ "در".

وفيه يُشترَطُ قَبُولُ الأصيلِ الإبراءَ ....

قلتُ: لكنْ ردَّهُ العلاّمةُ "الطَّرَسوسيُّ" في "أنفع الوسائل"[١]: ((بأنَّ هذا إنَّما قالَهُ "الحصيريُّ" في "شرح الجامع"، وكلُّ الكتبِ تُخالِفُهُ فلا يُلتفتُ إليه، ولا يَجُوزُ العملُ به)). وقدَّمنا[٢] تمامَ الكلامِ عليه قبيلَ فصلِ القَرْضِ، ويؤيِّدُهُ أنَّ "الحاكم الشَّهيد" في "الكافي" صرَّحَ بأنَّه لا يتأخَّرُ عن الأصيلِ، وكفى به حُجَّةً.

[٢٥٦٣٥] (قولُهُ: وفيه) متعلِّقٌ بقولِهِ: ((يُشترَطُ))، والضَّميرُ المجرورُ عائدٌ إلى قولِ "المتنِ": ((ولو أبرأَ الأصيلَ إلخ))، ولو أسقَطَ لفظةَ ((فيه)) لكان أوضَحَ، وعبارةُ "الدُّرر"[٣] هكذا: ((أبرأَ الطَّالبُ الأصيلَ، إنْ قَبِلَ بَرِئا ـ أي: الأصيلُ والكفيلُ ـ معاً، أو أخَّرَهُ عنه تأخَّرَ عنهما بلا عكسٍ فيهما، ولو أبرأَ الكفيلَ فقط بَرِئَ وإنْ لم يَقبَلْ؛ إذ لا دَيْنَ عليه ليحتاجَ إلى القَبُولِ، بل عليه المطالبةُ، وهي تسقُطُ بالإبراءِ، ولو وهَبَ الدَّينَ له ـ أي: للكفيلِ ـ إنْ كان غنيّاً، أو تصدَّقَ عليه إنْ كان فقيراً يُشترَطُ القَبُولُ كما هو حُكمُ الهبةِ والصَّدقةِ، وهبةُ الدَّينِ لغيرِ مَن عليه الدَّينُ تَصِحُّ إذا سُلِّطَ عليه، والكفيلُ مُسلَّطٌ على الدَّينِ في الجملةِ، كذا في "الكافي"، وبعدَهُ له الرُّجوعُ على الأصيلِ)) اهـ. وضميرُ ((بعدَهُ)) للقَبُولِ.

وحاصلُهُ: أنَّ حُكمَ الإبراءِ والهبةِ في الكفيلِ مُختلِفٌ، ففي الإبراءِ لا يُحتاجُ إلى القَبُولِ، وفي الهبةِ والصَّدقةِ يُحتاجُ، وفي الأصيلِ مُتَّفِقٌ فيُحتاجُ إلى القَبُولِ في الكلِّ، وموتُهُ قبل القَبُولِ

(قولُ "الشّارحِ": وفيه يُشترَطُ قَبُولُ الأصيلِ الإبراءَ) انظُرهُ مع ما قالوه: ((إبراءُ الدّائنِ مديونَهُ لا يتوقَّفُ على قَبُولٍ، ويرتدُّ بالرَّدِّ)) اهـ. وبهذا يُعلَمُ أنَّ المرادَ باشتراطِ القَبُولِ عَدَمُ الرَّدِّ فيُصدَّقُ بالسُّكوتِ.

---

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الكفالة بالقرض إلى أجل صـ٣٠٠ـ بتصرف.

(٢) المقولة [٢٤٢٥٠] قوله: ((لأنَّ الدَّيْنَ واحدٌ)).

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٣/٢.

....

والرَّدِّ كالقَبُولِ، "شُرنبُلاليَّة"[١]، ولم يذكُرْ حُكمَ الرَّدِّ. وأفادَ في "الفتح"[٢]: ((أنَّ الإبراءَ والتَّأجيلَ يرتدّانِ بردِّ الأصيلِ، وأمّا الكفيلُ فلا يرتدُّ بردِّهِ الإبراءُ، بل التَّأجيلُ. والفرقُ أنَّ الإبراءَ إسقاطٌ محضٌ في حَقِّ الكفيلِ ليس فيه تمليكُ مالٍ؛ لأنَّ الواجبَ عليه مجرَّدُ المطالبةِ، والإسقاطُ المحضُ لا يحتمِلُ الرَّدَّ؛ لتلاشي السّاقطِ، بخلافِ التَّأخيرِ؛ لعَودِهِ بعدَ الأجلِ. فإذا عُرِفَ هذا فإنْ لم يقبَلِ الكفيلُ التَّأخيرَ أو الأصيلُ فالمالُ حالٌّ يُطالَبانِ به للحالِ)) اهـ. وقدَّمنا[٣] تمامَ الكلامِ عليه.

(تنبيهٌ)

نقَلَ في "البحر"[٤] عندَ قولِهِ: ((وبطَلَ تعليقُ البراءةِ)) عن "الهداية"[٥] مثلَ ما هنا: ((مِن أنَّ إبراءَ الكفيلِ لا يرتدُّ بالرَّدِّ بخلافِ إبراءِ الأصيلِ))، ثمَّ نقَلَ[٦] عن "الخانيَّة"[٧]: ((لو قال للكفيلِ: أخرجتُكَ عن الكفالةِ، فقال الكفيلُ: لا أخرُجُ لم يَصِرْ خارجاً))، ثمَّ قال في "البحر"[٨]: ((فثبَتَ أنَّ إبراءَ الكفيلِ أيضاً يرتدُّ بالرَّدِّ)) اهـ. قال في "النَّهر"[٩]: ((وفيه نظرٌ))، ولم يُبيِّنْ وجهَهُ،

(قولُهُ: لعَودِهِ بعدَ الأجلِ) الأحسنُ في التَّعليلِ ما يأتي عن "الزَّيلعيِّ".

---

(١) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٢/٣٠٣ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٨.

(٣) المقولة [٢٥٦٣١] قوله: ((تأخَّرَتْ مطالبةُ المُصالِحِ)) وما بعدها.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٩.

(٥) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٩٢.

(٦) أي: صاحب "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٩.

(٧) "الخانية": كتاب الإكراه ٣/٤٨٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٩.

(٩) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٨/ب.

والتّأجيلَ، لا الكفيلِ إلاّ إذا وهَبَهُ، أو تصدَّقَ عليه، "درر"[1]. **قلتُ**: وفي "فتاوى ابنِ نجيمٍ": ((أجَّلَهُ على الكفيلِ يتأجَّلُ عليهما))، وعزاهُ لـ"الحاوي القدسيِّ"،..........

٤/٢٧٤ وأجابَ "المقدِسيُّ": ((بأنَّ ما في "الخانيَّة" في معنى الإقالةِ لعقدِ الكفالةِ، فحيثُ لم يقبَلْها الكفيلُ بطَلَتْ، فتبقى الكفالةُ، بخلافِ الإبراءِ؛ لأنَّه محضُ إسقاطٍ، فيَتِمُّ بالمُسقِطِ)) اهـ. على أنَّ ما في "الهداية" منصوصٌ عليه في "كافي الحاكم".

[٢٥٦٣٦] (قولُهُ: والتّأجيلَ) هذا غيرُ موجودٍ في عبارة "الدُّرر" كما عرَفتَهُ[2]، نَعَمْ هو في "الفتح" كما ذكرناهُ آنفاً[1].

[٢٥٦٣٧] (قولُهُ: لا الكفيلِ) أي: لا يُشترَطُ قَبولُ الكفيلِ الإبراءَ والتّأجيلَ، لكنْ لم يذكُرْ في "الدُّرر" عَدَمَ اشتراطِهِ في التّأجيلِ، وهو غيرُ صحيحٍ، بل هو شرطٌ كما سَمِعتَهُ مِن كلامِ "الفتح".

[٢٥٦٣٨] (قولُهُ: وفي "فتاوى ابنِ نجيمٍ" إلخ) ونصُّها[3]: ((سُئِلَ عن رجلٍ ضَمِنَ آخَرَ في دَيْنٍ عليه ثَمنِ مبيعٍ أو أجرةٍ لازمةٍ عليه، ثمَّ إنَّ رَبَّ المالِ أجَّلَهُ على الكفيلِ إلى مدَّةٍ معلومةٍ، هل يصيرُ مؤجَّلاً عليه وحدَه وعلى الأصيلِ حالاً، أو مؤجَّلاً عليهما؟ أجابَ: يصيرُ مؤجَّلاً عليهما كما صرَّحَ في "الحاوي القدسيِّ")) اهـ.

أقولُ: هذا غيرُ صحيحٍ؛ لمخالفتِهِ لعباراتِ المتونِ والشُّروحِ، على أنِّي [٣/ق١٧٧/ب] راجعتُ "الحاويَ القدسيَّ" فرأيتُ خلافَ ما عزاهُ إليه، ونصُّ عبارةِ "الحاوي"[4]: ((وإنْ أخَّرَ الطّالبُ الدَّينَ عن الأصيلِ كان تأخيراً عن الكفيلِ، وإنْ أخَّرَهُ عن الكفيلِ لم يكنْ تأخيراً عن الأصيلِ)) اهـ بالحرفِ. وكأنَّ "ابنَ نجيمٍ" اشتبَهَ عليه ذلك بما لو تكفَّلَ بالحالِّ مؤجَّلاً مع أنَّ صريحَ السُّؤالِ خلافُهُ، فافهمْ.

(قولُهُ: وأجابَ "المقدِسيُّ": بأنَّ ما في "الخانيَّة" في معنى الإقالةِ لعقدِ الكفالةِ إلخ) الأظهَرُ حملُ ما في "الخانيَّة" على روايةٍ في المذهبِ وهي ضعيفةٌ، فإنَّه لا معنى لجعلِ ((أخرجتُكَ)) إقالةً.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٣ بتصرف.

(٢) أي: في المقولة السابقة.

(٣) "فتاوى ابن نجيم": كتاب الكفالة صـ١٢٩ـ (هامش "الفتاوى الغياثية").

(٤) "الحاوي القدسي": كتاب الكفالة ـ فصلٌ: وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه إلخ ق١٣١/أ ـ ب.

فليُحفظْ. وفي "القنية"[١]: ((طالَبَ الدّائنُ الكفيلَ، فقال له: اصبرْ حتّى يجيءَ الأصيلُ، فقال: لا تعلُّقَ لي عليه، إنّما تعلُّقي عليك، هل يبرأُ؟ أجـابَ: نَعَـمْ، وقيـل: لا، وهـو المختارُ)). (وإذا حَلَّ) الدَّينُ المؤجَّلُ (على الكفيلِ بموتِهِ لا يَحِلُّ على الأصيلِ)، .....

[٢٥٦٣٩] (قولُهُ: فليُحفظْ) بل الواجبُ حِفْظُ ما في كتبِ المذهبِ؛ لأنَّ هذا سَبْقُ نظرٍ فلا يُحفظُ ولا يُلحظُ.

[٢٥٦٤٠] (قولُهُ: وهو المختارُ) لأنَّ النّاسَ لا يريدونَ نفيَ التَّعلُّقِ أصلاً[٢]، وإنّما يريدونَ نفيَ التَّعلُّقِ الحسِّيِّ، وإنّي لا أتعلَّقُ به تعلُّقَ المطالبةِ. اهـ "ح"[٣]، على أنَّ إبراءَ الأصيلِ يتوقَّفُ على قَبُولِهِ ولم يُوجَدْ.

[٢٥٦٤١] (قولُهُ: وإذا حلَّ الدّينُ المؤجَّلُ إلخ) أفادَ أنَّ الدّينَ يحلُّ بموتِ الكفيلِ، كما صـرّح به في "الغرر"[٤] و"شرح الوهبانية"[٥] عن "المبسوط"[٦]، وعلَّله في "المنـح"[٧] عـن "الولوالجيـة"[٨] ((بأنَّ الأجلَ يَسقطُ بموتِ مَنْ له الأجلُ)).

[٢٥٦٤٢] (قولُهُ: لا يَحِلُّ على الأصيلِ) وكذا إذا عجَّلَ الكفيلُ الدَّينَ حالَ حياتِهِ لا يرجعُ على المطلوبِ إلاّ عندَ حُلولِ الأجلِ عندَ عُلمائنا الثّلاثةِ، وهو نظيرُ ما لو كفَلَ بـالزُّيُوفِ وأدَّى الجيادَ، "تتارخانيَّة"[٩].

(قولُهُ: على أنَّ إبراءَ الأصيلِ يتوقَّفُ على قَبُولِهِ إلخ) عَلِمتَ أنَّ شرطَ القَبُولِ ليس على ظاهرِهِ، بل المرادُ أنَّه يُشترَطُ عَدَمُ الرَّدِّ فيدخُلُ فيه السُّكوتُ.

---

(١) "القنية": كتاب الكفالة ـ باب أداء الأصيل إلى الكفيل ق١٥٧/ب بتصرف، نقلاً عن بكر خواهر زاده.

(٢) أي: ((بالبراءة أو الدفع، وإلا لم يكن له طلبٌ على الكفيل)). انظر "ط" ١٥٧/٣.

(٣) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٥/أ.

(٤) "الدرر والغرر": كتابُ الكفالة ٣٠٤/٢.

(٥) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ٢٨٢/١.

(٦) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا إبراء ٩٨/٢٠.

(٧) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٨/ب.

(٨) "الولوالجية": كتاب الكفالة والحوالة ـ الفصل الثاني فيما يكون مؤجلاً في حقّ الكفيل وفيما لا يكون إلخ ٣٩٧/٤.

(٩) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل الخامس في الكفالة بالمال ٤/ق٢٠٥/أ.

فلو أدّاهُ وارِثُهُ لم يرجِعْ لو الكفالةُ بأمرِهِ إلاّ إلى أجلِهِ خلافاً لـ"زُفَرَ"، (كما لا يَحِلُّ) المؤجَّلُ (على الكفيلِ) اتِّفاقاً (إذا حَلَّ على الأصيلِ به) أي: بموتِهِ، ولو ماتا خُيِّرَ الطّالبُ، "درر"[(١)]. (صالَحَ أحدُهما رَبَّ المالِ عن ألفٍ) الدَّينِ (على نصفِهِ) مثلاً (بَرِئا، إلاّ) أنَّ المسألةَ مربَّعةٌ، فإذا شرَطَ براءتَهما أو براءةَ الأصيلِ أو سكَتَ بَرِئا، و(إذا شرَطَ براءةَ الكفيلِ وحدَه) ....

[٢٥٦٤٣] (قولُهُ: خُيِّرَ الطّالبُ) أي: في أَخْذِهِ مِن أيِّ التَّرِكتَينِ شاءَ؛ لأنَّ دَيْنَهُ ثابتٌ على كلٍّ واحدٍ مِنهما كما في حالِ الحياةِ، "درر"[(٢)].

[٢٥٦٤٤] (قولُهُ: مثلاً) فالنِّصفُ غيرُ قيدٍ.

[٢٥٦٤٥] (قولُهُ: بَرِئا) أي: الأصيلُ والكفيلُ؛ لأنَّه أضافَ الصُّلحَ إلى الألفِ الدَّينِ، وهو على الأصيلِ، فيبرأُ عن خمسمائةٍ، وبراءتُهُ تُوجِبُ براءةَ الكفيلِ، "درر"[(٣)].

[٢٥٦٤٦] (قولُهُ: وإذا شرَطَ براءةَ الكفيلِ وحدَه إلخ) ليس المرادُ أنَّ الطّالبَ يأخُذُ البدَلَ في مُقابلةِ إبراءِ الكفيلِ عنها، وإنَّما المرادُ أنَّ ما أخَذَهُ مِن الكفيلِ محسوبٌ مِن أصلِ دَيْنِهِ، ويرجِعُ بالباقي على الأصيلِ، "بحر"[(٤)]. ونبَّهَ بذلك على الفرقِ بينَ هذه وبينَ المسألةِ التي عَقِبَها كما يأتي[(٥)]، ويوضِّحُهُ ما في "الفتح"[(٦)] عن "المبسوط"[(٧)]: ((لو صالَحَهُ على مائةِ درهمٍ على أنَّ إبراءَ الكفيلِ خاصَّةً مِن الباقي رجَعَ الكفيلُ على الأصيلِ بمائةٍ، ورجَعَ الطّالبُ على الأصيلِ بتسعمائةٍ؛ لأنَّ إبراءَ الكفيلِ يكونُ فَسْخاً للكفالةِ، ولا يكونُ إسقاطاً لأصلِ الدَّينِ)) اهـ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢ بتصرف.

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٣/٢.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٨/٦.

(٥) المقولة [٢٥٦٥٤] قوله: ((صالَحَ الكفيلُ الطّالبَ إلخ)).

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٩/٦ باختصار.

(٧) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب صلح الكفالة ٥٨/٢٠.

كانت فَسْخاً للكفالةِ، لا إسقاطاً لأصلِ الدَّينِ (فيبرأُ هو) وحدَه عن خمسمائةٍ (دونَ الأصيلِ) فتبقى عليه الألفُ، فيرجِعُ عليه الطّالبُ بخمسمائةٍ، والكفيلُ بخمسمائةٍ لو بأمرِهِ، ولو صالَحَ على جنسٍ آخَرَ رجَعَ بالألفِ ....

[٢٥٦٤٧] (قولُهُ: كانت فَسْخاً للكفالةِ) هذه عبارةُ "المبسوط" كما عَلِمتَ، أي: أنَّ البراءةَ عن باقي الدَّينِ التي تضمَّنَها عَقْدُ الصُّلحِ تتضمَّنُ فَسْخَ الكفالةِ؛ لسُقوطِ المطالبةِ عن الكفيلِ بهذا الشَّرطِ، ولا يسقُطُ بها أصلُ الدَّينِ؛ إذ لو سقَطَ لم يبقَ للطّالبِ على المطلوبِ شيءٌ مع أنَّه يُطالبُهُ بالنِّصفِ الباقي، بخلافِ الصُّورِ الثَّلاثِ، فإنَّ مطالبَتَهُ سقَطَتْ عنهما جميعاً.

[٢٥٦٤٨] (قولُهُ: فيبرأُ هو) أي: الكفيلُ وحدَه عن خمسمائةٍ، وهي التي سقَطَتْ بعَقْدِ الصُّلحِ، وكذا عن التي دفَعَها بدلاً عن الصُّلحِ، وهو ظاهرٌ؛ لأنَّ الصُّلحَ على بعضِ الدَّينِ أخْذٌ لبعضِ حَقِّهِ وإبراءٌ عن الباقي، فحيثُ أخَذَ الطّالبُ مِن الكفيلِ بعضَ حَقِّهِ وأبرأَهُ عن باقيهِ فقد سقَطَتِ المطالبةُ عنه أصلاً، وبراءةُ الكفيلِ لا تُوجِبُ براءةَ الأصيلِ، فلذا قال: ((دونَ الأصيلِ)).

[٢٥٦٤٩] (قولُهُ: والكفيلُ بخمسمائةٍ) أي: ويرجِعُ الكفيلُ على الأصيلِ بخمسمائةٍ، وهي التي أدّاها للطّالبِ بدَلَ الصُّلحِ في الصُّورِ الأربعِ.

[٢٥٦٥٠] (قولُهُ: لو بأمرِهِ) أي: يرجِعُ بها لو كفَلَ عنه بأمرِهِ، وإلاّ فلا رُجوعَ له.

[٢٥٦٥١] (قولُهُ: على جنسٍ آخَرَ) مفهومُ قولِهِ: ((على نصفِهِ)) اهـ "ح"[1].

[٢٥٦٥٢] (قولُهُ: رجَعَ بالألفِ) لأنَّ الصُّلحَ بجنسٍ آخَرَ مُبادلةٌ فيَملِكُ الدَّينَ فيرجِعُ بجميعِ الألفِ، "فتح"[2].

(قولُهُ: أي: أنَّ البراءةَ عن باقي الدَّينِ إلخ) أي: للكفيلِ.

---

(١) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠/أ.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٨/٦.

كما مرَّ. (صالَحَ الكفيلُ الطّالِبَ على شيءٍ لِيُبرِئَهُ عَنِ الكفالةِ لم يَصِحَّ) الصُّلحُ، (ولا يَجِبُ المالُ على الكفيلِ) "خانيَّة"[١]. ....

وكذا يرجِعُ بجميعِ الألفِ لو صالَحَهُ على خمسمائةٍ على أنْ يهَبَ له الباقي كما في "الفتح"[٢] أيضاً، ومثلُهُ في الكافي".

[٢٥٦٥٣] (قولُهُ: كما مرَّ) الأَوْلى أنْ يقولَ: لِما مرَّ[٣]، أي: مِن أنَّه يَملِكُ الدَّينَ بالأداءِ.

[٢٥٦٥٤] (قولُهُ: صالَحَ الكفيلُ الطّالبَ إلخ) في "الهداية"[٤]: ((ولو كان صالَحَهُ عمّا استوجبَ بالكفالةِ لا يبرأُ الأصيلُ؛ لأنَّ هذا إبراءُ الكفيلِ عن المطالبةِ)) اهـ. ومقتضاهُ صحَّةُ الصُّلحِ ولُزومُ المالِ وسُقوطُ المطالبةِ عن الكفيلِ دونَ الأصيلِ، [٣/ق١٧٨/أ] وهو خلافُ ما ذكَرَهُ "المصنِّف" تَبَعاً لـ"الخانيَّة"، إلاّ أنْ يُحمَلَ على الكفالةِ بالنَّفسِ؛ لِما في "التّتارخانيَّة"[٥]: ((الكفيلُ بالنَّفسِ إذا صالَحَ الطّالبَ على خمسمائةِ دينارٍ على أنْ أبرَأَهُ

(قولُهُ: الأَوْلى أنْ يقولَ: لِما مرَّ إلخ) لعلَّ الأَوْلى أنْ يقولَ: كما مرَّ، أي: مِن أنَّه إذا أدَّى بغيرِ ما ضَمِنَ إلخ، فإنَّه يُفيدُ أنَّه إذا أدَّى مِن جنسٍ آخَرَ رجَعَ بما ضَمِنَ.

(قولُهُ: ومقتضاهُ صحَّةُ الصُّلحِ ولُزومُ المالِ إلخ) لا يخفى أنَّ عبارةَ "الهداية" إنَّما تُفيدُ عَدَمَ براءةِ الأصيلِ بإبراءِ الكفيلِ الحاصلِ مِن هذا الصُّلحِ، ولا تعرُّضَ فيها لصحَّتِهِ ولُزومِ المالِ، فليست مُخالِفةً لِما في "الخانيَّة"، ولا شكَّ في عَدَمِ صحَّتِهِ وعَدَمِ لُزومِ المالِ في الكفالتين كما يُفيدُهُ إطلاقُ عبارَتي "الخانيَّة" و"الهنديَّة"، وما نقَلَهُ عن "التّتارخانيَّة" لا يُفيدُ التَّفرقةَ بينَ الكفالتين، بل غايةُ ما أفادَهُ براءةُ الكفيلِ إذا كان مع كفالةِ النَّفسِ كفالةُ مالٍ، وعَدَمُ جوازِهِ وعَدَمُ البراءةِ في كفالةِ النَّفسِ المجرَّدةِ، تأمَّلْ.

---

(١) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٩/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٨/٦.

(٣) صـ١٢٤ـ و١٢٧ـ "در".

(٤) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٢/٣.

(٥) "التاترخانية": كتاب الكفالة ـ الفصل العاشر في براءة الكفيل بإبراء أو بغير إبراء إلخ ٤/ق٢١٤/ب بتصرف.

وهو بإطلاقِهِ يَعُمُّ الكفالةَ بالمالِ والنَّفسِ، "بحر"[١]. (قال الطّالبُ للكفيلِ: بَرِئتَ إليَّ مِن المالِ)

مِن الكفالةِ بالنَّفسِ لا يَجُوزُ ولا يبرأُ عنها، فلو كان كفيلاً بالنَّفسِ والمالِ على إنسانٍ واحدٍ بَرِئَ)) اهـ. وفي "الهنديَّة"[٢] عن "الذَّخيرة": ((صالَحَ على مالٍ لإسقاطِ الكفالةِ لا يَصِحُّ أَخْذُ المالِ، وهل تسقُطُ الكفالةُ بالنَّفسِ؟ فيه روايتانِ، في روايةٍ تسقُطُ، وبه يفتى)) اهـ. وحينئذٍ فيُحمَلُ ما في "الهداية" على الكفالةِ بالمالِ توفيقاً بينَ الكلامَينِ، تأمَّلْ. ٤/٢٧٥

ثمَّ لا يخفى أنَّ الفرقَ بينَ هذه المسألةِ والتي قبلَها في "المتنِ" ـ وهي الرّابعةُ[٣] ـ هو أنَّ هذه في الصُّلحِ عن الكفالةِ، والتي قبلَها في الصُّلحِ عن المالِ المكفُولِ به، فالمالُ هنا في مُقابلةِ الإبراءِ عن الكفالةِ، وهناك في مُقابلةِ الإبراءِ عن المالِ الباقي كما مرَّ[٤] في عبارةِ "المبسوط". ومِن العَجَبِ ما في "النّهاية"، حيثُ جعَلَ عبارةَ "المبسوط" المارَّةَ تصويراً لِما ذكَرَهُ هنا في "الهداية"، فإنَّه عكسَ الموضوعَ؛ لأنَّ كلامَ "المبسوط" مفروضٌ في الصُّلحِ على إبراءِ الكفيلِ فقط عن المالِ، وهو الصُّورةُ الرّابعةُ المذكورةُ في كلامِ "المصنّفِ"، وكلامُ "الهدايةِ" في الصّلحِ على إبراءِ الكفيلِ عن المطالبةِ، ولم أرَ مَن نبَّهَ على ذلك، مع أنه نَقَله في "البحر"[٥] وغيره، وأقَرّوه عليه، نَعَمْ، ربما يُشعِرُ كلامُ "الفتح"[٦] بأنّه لم يرضَ به، فراجِعْه.

[٢٥٦٥٥] (قوله: وهو بإطلاقه يَعُمُّ الكَفالةَ بالمالِ والنّفسِ) قد عَلِمْتَ ما فيه.

[٢٥٦٥٦] (قوله: بَرِئتَ إليَّ) متعلّقٌ بمحذوفِ حالٍ، أي: حالَ كونِكَ مؤدِّياً إليَّ كما في "شرح مسكينٍ"[٧]، أي: فهو براءةُ استيفاءٍ لا براءةُ إسقاطٍ.

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٨.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب الصلح ـ الباب الحادي والعشرون في المتفرقات ٤/٢٨٥ بتصرف.

(٣) أي: قوله: ((وإذا شرط براءة الكفيل وحده)).

(٤) المقولة [٢٥٦٤٦] قوله: ((وإذا شرَطَ براءةَ الكفيلِ وحدَه إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٨.

(٦) أي: المار في المقولة [٢٥٦٥٢] قوله: ((رجَعَ بالألف)).

(٧) "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب الكفالة صـ١٩٢ـ.

الذي كفَلْتَ به (رجَعَ) الكفيلُ بالمالِ (على المطلوبِ إذا كانتِ) الكفالةُ (بأمرِهِ) لإقرارِهِ بالقَبْضِ، ومُفادُهُ: براءةُ المطلوبِ للطّالبِ؛ لإقرارِهِ كالكفيلِ (وفي) قولِهِ: للكفيلِ (بَرِئتَ) بلا: ((إليَّ)) (أو: أَبرَأْتُكَ لا) رُجوعَ، كقولِهِ: أنت في حِلٍّ؛ لأنَّه إبراءٌ لا إقرارٌ بالقَبْضِ (خلافاً لـ"أبي يوسفَ" في الأوَّلِ) أي: بَرِئتَ، فإنَّه جعَلَهُ كالأوَّلِ، أي: إليَّ، قيلَ: وهو قولُ "الإمامِ"، واختارَهُ في "الهداية"[1]، وهو أقرَبُ الاحتمالينِ فكان أَوْلى،..........

[٢٥٦٥٧] (قولُهُ: لإقرارِهِ بالقَبْضِ) لأنَّ مُفادَ هذا التَّركيبِ براءةٌ مِن المالِ مَبدؤُها مِن الكفيلِ ومُنتهاها صاحبُ الدَّينِ، وهذا هو معنى الإقرارِ بالقَبْضِ مِن الكفيلِ، فكأنَّه قال: دفَعتَ إليَّ.

[٢٥٦٥٨] (قولُهُ: ومُفادُهُ) أي: مُفادُ التَّعليلِ المذكورِ، وهذا الكلامُ لصاحبِ "البحر"[2].

[٢٥٦٥٩] (قولُهُ: براءةُ المطلوبِ) أي: المديونِ. ((للطّالبِ)) أي: الدّائنِ، يعني أنَّه يُفيدُ أنَّ المطلوبَ يبرأُ مِن المطالبةِ التي كانت للطّالبِ عليه، وكذا يبرأُ مِنها الكفيلُ فلا مُطالبةَ له على واحدٍ مِنهما؛ لإقرارِهِ بالقَبْضِ؛ إذ لا يستَحِقُّ القَبْضَ أكثرَ مِن مرَّةٍ واحدةٍ.

[٢٥٦٦٠] (قولُهُ: لا رُجوعَ) أي: للكفيلِ على المطلوبِ. نَعَمْ للطّالبِ أنْ يأخُذَ المطلوبَ بالمالِ كما في "الكافي" لـ"الحاكم".

[٢٥٦٦١] (قولُهُ: لأنَّه إبراءٌ) تعليلٌ لعَدَمِ الرُّجوعِ في الصُّورِ الثَّلاثِ؛ إذ ليس فيها ما يُفيدُ القَبْضَ ليكونَ إقراراً به، بل هو مُحتمِلٌ للإبراءِ بسببِ القَبْضِ وللإسقاطِ، فلا يثبُتُ القَبْضُ بالشَّكِّ.

[٢٥٦٦٢] (قولُهُ: أي: إليَّ) المرادُ: بَرِئتَ إليَّ.

[٢٥٦٦٣] (قولُهُ: وهو أقرَبُ الاحتمالينِ) أي: احتمالِ أنَّه براءةُ قَبْضٍ، واحتمالِ أنَّه براءةُ إسقاطٍ، ووجهُ الأقربيَّةِ ما في "الفتح"[3] مِن قولِهِ: ((لأنَّه إقرارٌ ببراءةٍ ابتداؤُها مِن الكفيلِ

---

(١) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٩٢.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٨.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣١٠.

"نهر"[١] معزيّاً لـ "العناية"[٢]. وأجمَعُوا على[٣] أنّه لو كتَبَهُ في الصَّكِّ كان إقراراً بالقَبْضِ عملاً بالعُرْفِ. (وهذا) كلُّهُ (مع غَيْبةِ الطّالبِ،.........................

المخاطَبِ. وحاصلُهُ: إثباتُ البراءةِ مِنه على الخُصوصِ، مثلُ: قمتُ وقعدتُ، والبراءةُ الكائنةُ مِنه خاصَّةً كالإيفاء❖، بخلافِ البراءةِ بالإبراءِ فإنَّها لا تتحقَّقُ بفعلِ الكفيلِ بل بفعلِ الطّالبِ، فلا تكونُ حينئذٍ مضافةً إلى الكفيلِ، وما قالَهُ "محمّدٌ" ـ أي: مِن أنَّه لا يثبُتُ القَبْضُ بالشَّكِّ ـ إنَّما يَتِمُّ إذا كان الاحتمالانِ مُتساويَينِ)) اهـ. وهذا أيضاً ترجيحٌ مِنه لقولِ "أبي يوسفَ".

[٢٥٦٦٤] (قولُهُ: لو كتَبَهُ في الصَّكِّ) بأنْ كتَبَ: بَرِئَ الكفيلُ مِن الدَّراهمِ التي كفَلَ بها، "بحر"[٤].

[٢٥٦٦٥] (قولُهُ: عملاً بالعُرْفِ) فإنَّ العُرْفَ بينَ النّاسِ أنَّ الصَّكَّ يُكتَبُ على الطّالبِ بالبراءةِ إذا حصَلَتْ بالإيفاءِ، وإن حصَلَتْ بالإبراءِ لا يُكتَبُ الصَّكُّ عليه فجُعِلَتْ إقراراً بالقَبْضِ عُرْفاً، ولا عُرْفَ عندَ الإبراءِ، "فتح"[٥].

[٢٥٦٦٦] (قولُهُ: وهذا كلُّهُ إلخ) عزاهُ في "فتح القدير"[٥] إلى "شروح الجامع الصَّغير"[٦]،

(قولُهُ: وهذا أيضاً ترجيحٌ مِنه لقولِ "أبي يوسفَ") لكنْ في "السِّنديِّ" عن "النَّهر": ((واختارَ "المصنِّف" قولَ "محمَّدٍ"؛ لأنَّ الفتوى عليه)) اهـ.

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٩/أ.

(٢) "العناية": كتاب الكفالة ٦/٣١٠ (هامش "فتح القدير").

(٣) ((على)) ليست في "د" و"و".

❖ قوله: ((كالإيفاء)) كذا رأيته في نسختين من نسخ "الفتح"، ولعلَّ الأولى: بالإيفاء اهـ منه.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٩.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣١٠.

(٦) انظر "شرح قاضي خان على الجامع الصغير": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالمال ٢/ق٨٢/أ.

ومع حَضْرتِهِ يُرجَعُ إليه في البَيانِ) لمرادِهِ اتِّفاقاً؛ لأنَّه المُجمِلُ، ....

وجزَمَ به في "الملتقى"(١) و"الدُّرر"(٢)، وأقرَّهُ "الشُّرنبُلاليُّ"(٣)، وكذا "الزَّيلعيُّ"(٤) و"ابنُ كمال"، فتعبيرُ "البحر"(٥) عنه بـ: ((قيل)) غيرُ ظاهرٍ، فافهمْ. والإشارةُ إلى جميعِ الألفاظِ المارَّةِ، قال في "البحر"(٦) عن "النِّهاية": ((حتّى في: بَرِئتَ إليَّ؛ لاحتمال: أنَّني(٧) أَبرَأْتُكَ مجازاً، وإنْ كان بعيداً في الاستعمالِ)) اهـ. قال في "النَّهر"(٨): ((والظّاهرُ أنَّ في لفظِ الحِلِّ لا يرجِعُ إليه؛ لظهورِ أنَّه [٣/ق١٧٨/ب] مسامحةٌ، لا أنَّه أخَذَ مِنه شيئاً)) اهـ.

قلتُ: وفيه نظرٌ يظهَرُ بأدنَى نظرٍ.

[٢٥٦٦٧] (قولُهُ: لمرادِهِ) متعلِّقٌ بـ((البَيانِ))، أي: يُسألُ: هل أردتَ القَبْضَ أوْ لا؟

[٢٥٦٦٨] (قولُهُ: لأنَّه المُجمِلُ) بكسرِ ثالثِهِ، اسمُ فاعلٍ، أي: فإنَّ الأصلَ في الإجمالِ أنْ يُرجَعَ فيه إلى المُجمِلِ. والمرادُ بالمُجمَلِ هنا ما يحتاجُ إلى تأمُّلٍ ويحتمِلُ المجازَ ـ وإنْ كان بعيداً ـ لا حقيقةُ المُجمَلِ، يعني: يُرجَعُ إليه إذا كان حاضراً لإزالةِ الاحتمالاتِ، خُصوصاً إنْ كان العُرْفُ في ذلك اللَّفظِ مُشترَكاً، مِنهم مَن يَقصِدُ القَبْضَ، ومِنهم مَن يَقصِدُ الإبراءَ، "فتح"(٩).

(قولُهُ: لا حقيقةُ المُجمَلِ) المُجمَلُ: ما توارَدَتْ فيه المعاني على اللَّفظِ بلا ترجيحٍ لأحدِها. اهـ "منار".

---

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب الكفالة ٢/٦٠.

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٣.

(٣) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٢/٣٠٣ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٥٨.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٨.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٩.

(٧) في "ك" و"آ" و"ب" و"م": ((لأني))، ومثله عبارة "البحر"، وما أثبتناه من "الأصل".

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٩/أ.

(٩) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣١٠ باختصار.

ومثلُ الكفالةِ الحوالةُ. (وبطَلَ تعليقُ البراءةِ مِن الكفالةِ[1] ....

[٢٥٦٦٩] (قولُهُ: ومثلُ الكفالةِ الحوالةُ) في "كافي الحاكم": ((والمُحتالُ عليه في جميعِ ذلك كالكفيلِ)) اهـ. قال "ط"[2]: ((فإنْ قال المُحالُ للمُحتالِ عليه: بَرِئتَ إليَّ رجَعَ المُحتالُ عليه على المُحيلِ، وإنْ قال: أبرأْتُكَ لا، واختُلِفَ فيما إذا قال: بَرِئتَ فقط)) اهـ. وإنَّما يرجِعُ إذا لم يكنْ للمُحيلِ دَيْنٌ على المُحتالِ عليه.

مطلبٌ في بُطلانِ تعليقِ البراءةِ مِن الكفالةِ بالشَّرطِ

[٢٥٦٧٠] (قولُهُ: وبطَلَ تعليقُ البراءةِ مِن الكفالةِ بالشَّرطِ) أي: لِما فيه مِن معنى التَّمليكِ، ويُروى أنَّه يَصِحُّ؛ لأنَّ عليه المُطالبةَ دون الدَّينِ في الصَّحيحِ فكان إسقاطاً محضاً كالطَّلاقِ، "هداية"[3]. وظاهرُهُ ترجيحُ عَدَمِ بُطلانِهِ بناءً على الصَّحيحِ، "بحر"[4].

(قولُهُ: لِما فيه مِن معنى التَّمليكِ) قال "الزَّيلعيُّ" عندَ قولِ "الكنز": ((وبطَلَ تعليقُ إلخ)): ((لأنَّ في الإبراءِ معنى التَّمليكِ كالإبراءِ عن الدَّينِ، وهذا على قولِ مَن يقولُ بثُبُوتِ الدَّينِ على الكفيلِ ظاهرٌ، وكذا على قولِ مَن يقولُ بثُبُوتِ المطالبةِ لا غيرَ؛ لأنَّ فيها تمليكَ المطالبةِ وهي كالدَّينِ؛ لأنَّها وسيلةٌ إليه، والتَّمليكُ لا يقبَلُ التَّعليقَ بالشَّرطِ، وقيل: يَصِحُّ؛ لأنَّ الثَّابتَ على الكفيلِ المطالبةُ دونَ الدَّينِ في الصَّحيحِ، فكان إسقاطاً محضاً كالطَّلاقِ والعِتاقِ، ولهذا لا يرتدُّ إبراءُ الكفيلِ بالرَّدِّ؛ لأنَّ الإسقاطَ يَتِمُّ بالمُسقِطِ، بخلافِ التَّأخيرِ عن الكفيلِ حيثُ يرتدُّ بالرَّدِّ؛ لأنَّه ليس بإسقاطٍ، بل هو خالصُ حَقِّ المطلوبِ فيرتدُّ به، بخلافِ الإبراءِ عن الدَّينِ؛ لأنَّ فيه معنى التَّمليكِ)) اهـ.

(قولُهُ: وظاهرُهُ ترجيحُ عَدَمِ بُطلانِهِ إلخ) أي: حيثُ أخَّرَ دليلَ هذه الرِّوايةِ كما هو عادةُ "الهداية" مِن تأخيرِ دليلِ الرّاجحِ.

---

(١) ((من الكفالة)) ليس في "د".

(٢) "ط": كتاب الكفالة ١٥٨/٣.

(٣) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٢/٣.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٩/٦.

بالشَّرطِ) الغيرِ المُلائمِ ....

قلتُ: ولذا قال في متنِ "الملتقى"[(١)]: ((والمختارُ الصِّحَّةُ)). واعلَم أنَّ إضافتَهُ ((تعليقُ)) إلى ((البراءةِ)) مِن إضافةِ الصِّفةِ إلى موصوفِها، والمعنى: وبطَلَتِ البراءةُ المعلَّقةُ بالشَّرطِ، وإذا بطَلَتِ البراءةُ مِن الكفالةِ تبقى الكفالةُ على أصلِها، فللطَّالبِ مُطالبةُ الكفيلِ بدليلِ التَّعليلِ، فليس المرادُ بُطلانَ تعليقِ البراءةِ؛ لأنَّه يلزَمُ مِنه بقاءُ البراءةِ صحيحةً مُنجَّزةً، وتبطُلُ الكفالةُ بها، ولا يُناسِبُهُ العِلَّةُ المذكورةُ؛ لأنَّ نفسَ التَّعليقِ ليس فيه معنى التَّمليكِ، بل الذي فيه معنى التَّمليكِ هو البراءةُ المعلَّقةُ فتبطُلُ. ثمَّ رأيتُ بخطِّ بعضِ العلماءِ على نُسخةٍ قديمةٍ مِن "شرح المجمع" ما نصُّهُ: ((معناهُ أنَّ الكفالةَ جائزةٌ والشَّرطَ باطلٌ)) اهـ. وهذا عَيْنُ ما قُلتُهُ. ٤/٢٧٦

[٢٥٦٧١] (قولُهُ: بالشَّرطِ الغيرِ الملائمِ) نحوُ: إذا جاءَ غدٌ فأنت بريءٌ مِن المالِ، ومثالُ الملائمِ ما لو كفَلَ بالمالِ أو بالنَّفسِ وقال: إنْ وافيتَ به غداً فأنت بريءٌ مِن المالِ، فوافاهُ مِن الغدِ فهو بريءٌ مِن المالِ، كذا في "العنايةِ"[(٢)]. اهـ "ح"[(٣)]. وفي "البحرِ"[(٤)] عن "المعراجِ": ((الغيرُ الملائمِ هو: ما لا مَنفعةَ فيه للطَّالبِ أصلاً كدُخولِ الدّارِ ومجيءِ الغدِ؛ لأنَّه غيرُ مُتعارَفٍ)) اهـ.

قلتُ: وسُئِلتُ عمَّن قال: كَفَلتُهُ على أنَّك إنْ طالبتَني به قبلَ حُلولِ الأجلِ فلا كفالةَ لي، ويظهَرُ لي أنَّه مِن غيرِ الملائمِ، فليُتأمَّلْ.

(قولُهُ: واعلَم أنَّ إضافتَهُ ((تعليقُ)) إلى ((البراءةِ)) مِن إضافةِ الصِّفةِ إلخ) ما ذكَرَهُ هنا غيرُ متعيِّنٍ، بل هو خلافُ المتبادرِ مِن نسبةِ البُطلانِ إلى التَّعليقِ، والتَّعليلُ المذكورُ يُناسِبُهُ كما هو ظاهرٌ لِمَن تأمَّلَ، ولا يلزَمُ مِن القولِ بِبُطلانِهِ صحَّةُ البراءةِ وأنَّها تكونُ مُنجَّزةً كما هو ظاهرٌ أيضاً.

---

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب الكفالة ٢/٦٠.

(٢) "العناية": كتاب الكفالة ٦/٣١١ (هامش "فتح القدير").

(٣) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٥/أ.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٩ بتصرف.

على ما اختارَهُ في "الفتح" و"المعراج"، ....

[٢٥٦٧٢] (قولُهُ: على ما اختارَهُ في "الفتح" و"المعراج") **أقولُ**: الذي في "الفتـح"[١] هكـذا: ((قولُهُ: ولا يَجُوزُ تعليقُ الإبراءِ مِن الكفالةِ بالشَّرطِ، أي: بالشَّرطِ المتعارَفِ، مثـلُ أنْ يقـولَ: إنْ عجَّلتَ ليَ البعضَ أو دفَعتَ البعضَ فقد أَبرَأْتُكَ مِن الكفالةِ، أمّا غيرُ المتعارَفِ فـلا يَجُـوزُ))، ثـمَّ قال[١]: ((ويُروى أنَّه يَجُوزُ، وهو أوجَهُ إلخ)). فهذا شرحٌ لعبارةِ "الهداية" التي قدَّمناها[٢] آنفـاً، وقدَّمنا[٢] أنَّ ظاهرَ ما في "الهداية" ترجيحُ الرِّوايةِ الثّانيةِ، وأنَّه اختارَها في متنِ "الملتقى"، وكذلك اختارَها في "الفتح" كما ترَى، والمتبادِرُ مِن كلامِ "الفتـح" أنَّ المرادَ بهـذه الرِّوايـةِ جـوازُ الشَّـرطِ المتعارَفِ؛ لأنَّه قيَّدَ روايةَ عَدَمِ الجوازِ بالشَّرطِ المتعارَفِ، وذَكَرَ أنَّ غيرَ المتعارَفِ لا يَجُـوزُ، وهـو تصريحٌ بما فَهِمَ بالأَولى، ثمَّ ذَكَرَ مقـابلَ الرِّوايـةِ الأُولى وهـي روايـةُ الجـوازِ، فعُلِـمَ أنَّ المـرادَ بهـا الشَّرطُ المتعارَفُ أيضاً، وأنَّ غيرَ المتعارَفِ لا يَجُوزُ أصلاً، ويحتمِلُ أنْ يكونَ قولُهُ: ((ويُروى أنَّـه يَجُوزُ)) أي: إذا كان الشَّرطُ غيرَ مُتعارَفٍ، ويلزَمُ مِنه جوازُ المتعارَفِ بـالأَوْلى، فعلـى الاحتمـالِ الأوَّلِ يكونُ قد اختارَ في "الفتح" جوازَ التَّعليقِ بالشَّـرطِ المتعـارَفِ، وعلـى الثّـاني اختـار جـوازَهُ مُطلقاً، وهذا الاحتمالُ أظهَرُ؛ لأنَّه حيثُ قيَّدَ روايةَ [٣/ق١٧٩/أ] عَدَمِ الجوازِ بالمتعارَفِ عُلِمَ أنَّ غـيرَ المتعارَفِ لا يَجُوزُ بالأَوْلى، ثمَّ اختارَ مقابلَ هذه الرِّوايةِ، وهو روايـةُ الجـوازِ، أي: مُطلقـاً، فكـان على "الشّارح" أنْ يقولَ: ((وبطَلَ تعليقُ البراءةِ مِن الكفالةِ بالشَّرطِ ولـو مُلائمـاً، ورُويَ جـوازُهُ مُطلقاً، واختارَهُ في "الفتح")). نَعَمْ ذَكَرَ في "الدُّرر"[٣] عن "العناية"[٤] قولاً ثالثاً، وهو عَدَمُ جوازِ التَّعليقِ بالشَّرطِ لو غيرَ مُتعـارَفٍ والجـوازُ لـو مُتعارَفـاً. وذَكَـرَ في "المعـراج" هـذا القـولَ وجعَلَهُ محملَ الرِّوايتينِ، وأقرَّهُ في "البحر"[٥]، وقال: ((إنَّ قولَ "الكنز": وبطَلَ التَّعليقُ محمولٌ

---

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣١١.

(٢) المقولة [٢٥٦٧٠] قوله: ((وبطَلَ تعليقُ البراءةِ مِن الكفالةِ بالشَّرطِ)).

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٤.

(٤) "العناية": كتاب الكفالة ٦/٣١١ (هامش "فتح القدير").

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٩.

وأقرَّهُ "المصنِّف" هنا وفي[1] المتفرِّقاتِ، لكنْ في "النَّهر"[2]: ((ظـاهرُ "الزَّيلعـيِّ"[3] وغـيرِهِ ترجيحُ الإطلاقِ)). ....

على غيرِ المتعارَفِ))، وتَبِعَهُ "الشّارحُ". لكنْ لا يخفى أنَّ كلامَ "الفتح" مُخالِفٌ لهذا التَّوفيقِ؛ لأنَّه حَمَلَ بُطلانَ التَّعليقِ على الشَّرطِ المتعارَفِ كما عَلِمتَ، فكيف يُنسَبُ إليه ما ذَكَرَهُ "الشّارحُ"؟! فافهمْ.

[٢٥٦٧٣] (قولُهُ: وأقرَّهُ "المصنِّف") أي: في "شرحِهِ"[4] في هذا المحلِّ، أي: أقرَّ ما في "المعراج" مِن التَّفصيلِ والتَّوفيقِ.

[٢٥٦٧٤] (قولُهُ: والمتفرِّقاتِ) أي: مُتفرِّقاتِ البُيوعِ في بحثِ ما يبطُلُ تعليقُهُ[5].

[٢٥٦٧٥] (قولُهُ: ترجيحُ الإطلاقِ) أي: روايةِ بُطلانِ التَّعليقِ المتبادرِ مِنها الإطلاقُ عمّا فصَّلَهُ في "المعراج"، وفي كونِ "الزَّيلعيِّ" رجَّحَ ذلك نظرٌ، بل كلامُهُ قريبٌ مِن كلامِ "الهداية" المارِّ[6]، فراجِعْهُ.

(قولُهُ: فكيف يُنسَبُ إليه ما ذَكَرَهُ "الشّارحُ"؟!) قد عَلِمتَ أنَّ "الفتح" إنَّما اختارَ الرِّوايةَ الثّانيةَ، وكأنَّ "الشّارحَ" فَهِمَ مِن عبارةِ "الفتح" الاحتمالَ الأوَّلَ في الرِّوايةِ الثّانيةِ فصحَّ نسبةُ ما ذَكَرَهُ "الشّارحُ" إليه، تأمَّلْ.

(قولُهُ: بل كلامُهُ قريبٌ مِن كلامِ "الهداية" المارِّ، فراجِعْهُ) قد سَمِعتَ عبارةَ "الزَّيلعيِّ" فتأمَّلْها تَجِدْها كما قال في "النَّهر".

---

(١) ((في)) ليست في "ب" و"ط".

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٩/أ.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٥٨.

(٤) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٩/أ.

(٥) "المنح": كتاب البيوع ـ باب المتفرقات ٢/ق٤٠/ب.

(٦) المقولة [٢٥٦٧٠] قوله: ((وبطَلَ تعليقُ البراءةِ مِن الكفالةِ بالشَّرطِ)).

قَيَّدَ بكفالةِ المالِ لأنَّ في كفالةِ النَّفسِ تفصيلاً مبسوطاً[١] في "الخانيَّة". (لا يستردُّ أصيلٌ ما أدَّى إلى الكفيلِ) ....

[٢٥٦٧٦] (قولُهُ: قَيَّدَ بكفالةِ المالِ[٢]) أي: باعتبارِ أنَّ الكلامَ فيها، وإلاّ فلم يذكُرِ القيدَ في "المتنِ" كـ"الكنز"[٣]. اهـ "ح"[٤].

[٢٥٦٧٧] (قولُهُ: مبسوطاً في "الخانيَّة"[٥]) حاصلُهُ: ((أنَّ تعليقَ البراءةِ مِن الكفالةِ بالنَّفسِ على وُجوهٍ: في وجهٍ تَصِحُّ البراءةُ ويبطُلُ الشَّرطُ كما إذا أَبرَأَ الطّالبُ الكفيلَ على أنَّ يعطيَهُ الكفيلُ عشْرةَ دراهمَ، وفي وجهٍ يصحّانِ كما إذا كان كفيلاً بالمالِ أيضاً وشرَطَ الطّالبُ عليه أنْ يدفَعَ المالَ ويبرئَهُ مِن الكفالةِ بالنَّفسِ، وفي وجهٍ يبطُلانِ كما إذا شرَطَ الطّالبُ على الكفيلِ بالنَّفسِ أنْ يدفَعَ إليه المالَ ويَرجِعَ به على المطلوبِ)) اهـ.

[٢٥٦٧٨] (قولُهُ: لا يستردُّ أصيلٌ إلخ) أي: إذا دفَعَ الأصيلُ ـ وهو المديونُ ـ إلى الكفيلِ المالَ المكفُولَ به ليس للأصيلِ أنْ يستردَّهُ مِن الكفيلِ وإنْ لم يُعطِهِ الكفيلُ إلى الطّالبِ،

(قولُهُ: مبسوطاً في "الخانيَّة"، حاصلُهُ إلخ) فيه: أنَّ ما ذكَرَهُ في "الخانيَّة" إنَّما هو في تقييدِ البراءةِ عن كفالةِ النَّفسِ بشرطٍ، لا في تعليقِها به الذي الكلامُ فيه. والظّاهرُ مِن علَّةِ بُطلانِ التَّعليقِ في كفالةِ المالِ أنَّ كفالةَ النَّفسِ كذلك لا يَصِحُّ تعليقُ الإبراءِ عنها، ومسألةُ التَّقييدِ بشرطٍ شيءٌ آخَرُ ليس الكلامُ فيه، على أنَّ كلامَ "المصنِّف" ليس فيه تقييدٌ بكفالةِ المالِ وإنْ قال "السِّنديُّ": إنَّه باعتبارِ أنَّ الكلامَ فيها تَبَعاً لـ"الحلبيِّ"، و"الشّارحُ" تَبِعَ فيما فعَلَهُ "البحر".

---

(١) في "و": ((مذكوراً)) بدل ((مبسوطاً)).

(٢) في النسخ جميعها: ((قَيَّدَ بكفالةِ النَّفسِ))، وما أثبتناه هو المراد الموافق لنسخ "الدر"، وأشار إليه مصحِّحا "ب" و"م".

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٧٢/٢.

(٤) "ح": كتاب الكفالة ق٣٠٥/أ ـ ب.

(٥) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٩/٣ ـ ٦٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

....

قال في "النّهر"[١]:((لأنَّه ـ أي: الكفيلَ ـ ملَكَهُ بالاقتضاءِ، وبه ظهَرَ أنَّ الكفالةَ تُوجِبُ دَيْناً للطّالبِ على الأصيلِ[٢] ودَيْناً للكفيلِ على الأصيلِ، لكنَّ دَيْنَ الطّالبِ حالٌّ ودَيْنَ الكفيلِ مؤجَّلٌ إلى وقتِ الأداءِ، ولذا لو أخَذَ الكفيلُ مِن الأصيلِ رهناً، أو أبرأهُ، أو وهَبَ مِنه الدَّينَ صحَّ فلا يرجِعُ بأدائهِ، كذا في "النِّهاية". ولا يُنافيهِ ما مرَّ مِن أنَّ الرّاجحَ أنَّ الكفالةَ ضَمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في المطالبةِ؛ لأنَّ الضَّمَّ إنَّما هو بالنِّسبةِ إلى الطّالبِ، وهذا لايُنافي أنْ يكونَ للكفيلِ دَيْنٌ على المكفُولِ عنه كما لا يخفى، وعلى هذا فالكفالةُ بالأمرِ تُوجِبُ ثُبُوتَ دَيْنَينِ وثلاثِ مُطالباتٍ تُعرَفُ بالتَّدبُّرِ)) اهـ ما في "النَّهر". أي: دَيْنٍ ومُطالبةٍ حالَّينِ للطّالبِ على الأصيلِ، ودَيْنٍ ومُطالبةٍ مؤخَّرينِ للكفيلِ على الأصيلِ أيضاً، ومُطالبةٍ فقط للطّالبِ على الكفيلِ بناءً على الرّاجحِ مِن أنَّها الضَّمُّ في المطالبةِ.

(تنبيهٌ)

نقَلَ "محشِّي مسكينٍ"[٣] عن "الحمَويِّ" عن "المفتاح"[٤]: ((أنَّ عَدَمَ الاستردادِ مقيَّدٌ بما إذا لم يُؤخِّرْهُ الطّالبُ عن الأصيلِ أو الكفيلِ، فإنْ أخَّرَهُ له أنْ يستردَّهُ)) اهـ.

٤/٢٧٧ **قلتُ**: لكنَّ قولَهُ: ((أو الكفيلِ)) لم يظهَرْ لي وجهُهُ، تأمَّلْ.

(قولُهُ: أنَّ الكفالةَ تُوجِبُ دَيْناً للطّالبِ إلخ) أي: يتحقَّقُ معها ما ذُكِرَ، لا أنَّها هي الموجبةُ لذلك، والشّاهدُ في قولِهِ: ((ودَيْناً للكفيلِ على الأصيلِ)) فإنَّه هو الذي يظهَرُ مِن قولِهِ: ((لأنَّه ملَكَهُ بالاقتضاءِ)).

(قولُهُ: تُوجِبُ دَيْناً للطّالبِ على الكفيلِ) حقُّهُ: ((على الأصيلِ)) كما يُفيدُهُ آخِرُ عبارتِهِ، والطّالبُ لا يَجِبُ له على الكفيلِ إلاّ المطالبةُ.

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢١/أ باختصار.

(٢) في النسخ جميعها: ((الكفيل))، ومثله عبارة "النهر" وما أثبتناه هو المراد، وقد نبَّه عليه الرافعيُّ رحمه الله.

(٣) "فتح المعين": كتاب الكفالة ١٤/٣.

(٤) لعله "مفتاح السعادة" للشِّرْوانيّ (توفي قبل ٩٩٢هـ)، وتقدمت ترجمته ٦٨٩/١.

بأمرِهِ ليدفَعَهُ للطّالبِ[1] ....

[٢٥٦٧٩] (قولُهُ: بأمرِهِ) متعلّقٌ بـ: ((الكفيلِ)) احترازاً عن الكفيلِ بلا أمرٍ كما يأتي[2]، قال في "النَّهر"[3]: ((قيَّد به في "الهداية"[4]، ولا بدَّ مِنه)).

[٢٥٦٨٠] (قولُهُ: ليدفَعَهُ للطّالبِ) متعلّقٌ بـ: ((أدَّى)). واعلَم أنَّ ما مرَّ[5] مِن أنَّ الكفيلَ ملَكَ المؤدَّى فذلك فيما إذا دفَعَهُ إليه الأصيلُ على وجهِ القضاءِ بأنْ قال له: إنّي لا آمَنُ أنْ يأخُذَ مِنك الطّالبُ حَقَّهُ فأنا أقضيكَ المالَ قبلَ أنْ تؤدِّيَهُ، بخلافِ ما إذا كان الدَّفعُ على وجهِ الرِّسالةِ بأنْ قال المطلوبُ للكفيلِ: خُذْ [٣/ق١٧٩/ب] هذا المالَ وادفَعْهُ إلى الطّالبِ، حيثُ لا يصيرُ المؤدَّى مِلكاً للكفيلِ، بل هو أمانةٌ في يدِهِ، لكنْ لا يكونُ للمطلوبِ أنْ يستردَّهُ مِن الكفيلِ؛ لأنّه تعلَّقَ به حَقُّ الطّالبِ، كذا في "الكافي". لكنْ ذكَرَ في "الكبرى": ((أنَّ له الاستردادَ، وأنّه أشارَ إليه في "الأصلِ"[6])), كذا في "الكفاية شرح الهداية"[7]. وما نقَلَهُ عن "الكافي" نقَلَ "ط"[8] مثلَهُ عن "العناية"[9] و"المعراج"، وعليه مشَى في "البحر"[10] و"النَّهر"[11]، والمرادُ "بالكافي" "كافي النَّسفيّ"، أمّا "كافي الحاكم الشَّهيد" الذي جمَعَ كُتبَ ظاهرِ الرِّوايةِ،

---

(١) في "و": ((إلى الطالب)).

(٢) المقولة [٢٥٦٨٣] قوله: ((لأنّه حينئذٍ)).

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢١/أ.

(٤) "الهداية": كتاب الكفالة ٩١/٣.

(٥) المقولة [٢٥٦٧٨] قوله: ((لا يستردُّ أصيلٌ إلخ)).

(٦) كتاب الكفالة ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(٧) "الكفاية": كتاب الكفالة ٣٢١/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٨) "ط": كتاب الكفالة ١٥٨/٣.

(٩) "العناية": كتاب الكفالة ٣١٩/٦ (هامش "فتح القدير").

(١٠) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ٢٥٥/٦.

(١١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢١/أ.

....

فإنَّه أشارَ فيه أيضاً إلى أنَّ له الاستردادَ لو دفَعَهُ على وجهِ الرِّسالةِ، فإنَّه ذكَرَ أنَّه لو قبَضَهُ على وجهِ القضاءِ فله التَّصرُّفُ فيه وله رِبْحُهُ؛ لأنه له، ولو هلَكَ مِنه ضَمِنَهُ، ولو قبَضَهُ على وجهِ الرِّسالةِ فهلَكَ كان مؤتَمَناً ويرجعُ به على[1] الأصيلِ، ولو لم يَهلِكْ فعَمِلَ به وربِحَ تصدَّقَ بالرِّبحِ؛ لأنَّه غاصبٌ، وكذا في "الهداية"[2] إشارةٌ إليه، حيثُ ذكَرَ أوَّلاً أنَّه إذا قضاهُ لا يستردُّ، ثمَّ قال[2]: ((بخلافِ ما إذا كان الدَّفعُ على وجهِ الرِّسالةِ؛ لأنَّه تمحَّضَ أمانةً في يدِهِ))، فدَلَّ كلامُهُ على أنَّ عَدَمَ الاستردادِ في الأداءِ على وجهِ القضاءِ لا الرِّسالةِ، حيثُ جعَلَهُ في الرِّسالةِ محضَ أمانةٍ، والأمانةُ مُستَرَدَّةٌ. ونقَلَ "ط"[3] عن "غاية البيان": ((أنَّ له الاستردادَ))، قال[3]: ((ومثلُهُ في "صدر الشَّريعة"[4]، وقال في "اليعقوبيَّة": إنَّه الظَّاهرُ؛ لأنَّه أمانةٌ محضةٌ، ويدُ الرَّسولِ يدُ المرسِلِ، فكأنَّه لم يَقبِضْهُ، فلا يُعتبَرُ حَقُّ الطَّالبِ، وهو المتبادِرُ مِن "الهداية")) اهـ.

قلتُ: وهو المتبادرُ أيضاً مِمّا في المتونِ مِن أنَّ الرِّبحَ يَطيبُ له، فإنَّه دليلٌ على أنَّ المرادَ الأداءُ على وجهِ القضاءِ، وقولُ "الشّارحِ" تَبَعاً لـ"الدُّرر"[5]: ((ليدفَعَهُ للطّالبِ)) ظاهرُهُ الدَّفعُ على وجهِ الرِّسالةِ، وهو موافِقٌ لِما في "كافي النَّسفيّ" وغيرِهِ، ويُفهَمُ مِنه أنَّه في الدَّفعِ على وجهِ القضاءِ له

(قولُهُ: فإنَّه أشارَ فيه أيضاً إلى أنَّ له الاستردادَ إلخ) ليس في عبارةِ "الكافي" هذه ما يدُلُّ على أنَّ له الاستردادَ، وهلاكُهُ على الأصيلِ وعَدَمُ طِيبِ الرِّبحِ للكفيلِ لا يدُلُّ على ذلك، ويُقال: هو وإنْ كان أمانةً تعلَّقَ به حَقُّ الغيرِ.

(قولُهُ: على وجهِ القضاءِ له إلخ) لعلَّهُ: ليس له إلخ.

---

(١) ((على)) ساقطة من "الأصل".

(٢) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٩٣.

(٣) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٥٨ بتصرف، نقلاً عن سريّ الدين.

(٤) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة ٢/٥٥ (هامش "كشف الحقائق").

(٥) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٤.

(وإنْ لم يُعطِهِ طالِبَهُ)، ولا يعمَلُ نهيُهُ عن الأداءِ لو كفيلاً بـأمرِهِ، وإلاّ عَمِلَ؛ لأنَّـه حينئذٍ يَملِكُ الاستردادَ، "بحر"، وأقرَّهُ "المصنِّف"[1]، ....

ذلك بالأَوْلى[2]، ويمكنُ حملُهُ على ما في "كافي الحاكم" وغيرِهِ بأنْ يكونَ المرادُ أنَّه لـم يصـرِّح لـه بأنَّه يدفعُهُ للطّالبِ، بل أضمَرَ ذلك في نفسِهِ وقتَ الأداءِ، ففـي "الشُّرنبُلاليَّة"[3] عـن "القنيـة"[4]: ((لو أطلَقَ عندَ الدَّفعِ فلم يُبيِّنْ أنَّه على وجهِ القضاءِ أو الرِّسالةِ يقَعُ عن القضاءِ))، فافهمْ.

(تنبيهٌ)

لو قضَى المطلوبُ الدَّينَ إلى الطّالبِ فللمطلوبِ أنْ يرجِعَ على الكفيـلِ بمـا أعطـاهُ كمـا في "الكافي" وغيرِهِ.

[٢٥٦٨١] (قولُهُ: وإنْ لم يُعطِهِ طالِبَهُ) ((إنْ)) وصليَّـةٌ، و((طالِبَـهُ)) بكسـرِ الـلاَّمِ، بزنَـةِ اسمِ الفاعلِ، مضافٌ للضَّميرِ، وهو المفعولُ الثّاني لـ ((يُعطِهِ[5])).

[٢٥٦٨٢] (قولُهُ: ولا يعمَلُ نهيُهُ إلخ) هـذا مـا أجـابَ بـه في "البحـر"[6]، حيـثُ قـال: ((وقد سُئلتُ عمّا إذا دفَعَ المديونُ الدَّينَ للكفيلِ ليؤدِّيَهُ إلى الطّالبِ ثمَّ نَهـاهُ عـن الأداءِ، هـل يعمَلُ نهيُهُ؟ فأجبتُ: إنْ كان كفيلاً بالأمرِ لم يعمَلْ نهيُـهُ؛ لأنَّـه لا يَملِـكُ الاستردادَ، وإلاّ عَمِلَ؛ لأنَّه يَملِكُهُ)) اهـ.

قلتُ: وظاهرُ قولِهِ: ((ليؤدِّيَهُ)) أنَّ الدَّفـعَ علـى وجـهِ الرسـالةِ فهـو مبنـيٌّ علـى مـا في "كافي النَّسفيّ".

[٢٥٦٨٣] (قولُهُ: لأنَّه حينئذٍ) أي: حينَ إذ كان كفيلاً بلا أمرٍ يَملِكُ الأصيلُ الاستردادَ؛

---

(١) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٩/ب.

(٢) **نقول:** بل حقُّ العبارة: ((ليس له ذلك بالأَوْلى))، ومفاد العبارة: أن الأصيل إذا كان لا يستردُّ المال من الكفيـل إذا كـان دَفَعَه له على وجه الرسالة فبالأَوْلى أن لا يستردَّهُ إذا كان دَفَعه له على وجه القضاء، وقد نبَّه عليه الرافعيّ رحمه الله.

(٣) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٢/٤ ٣٠ بتصرف (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "القنية": كتاب الكفالة ـ باب أداء الأصيل إلى الكفيل ق١٥٧/ب بتصرف؛ نقلاً عـن إسـماعيل المتكلم وسـيف الدين السائلي.

(٥) في "الأصل" و"ك" و"آ": ((ليعطيه)) بالياء، وهو تحريف.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ٦/٢٥٥.

لكنَّه قدَّمَ قبلَهُ ما يُخالِفُهُ، فليُحرَّرْ. (وإنْ رَبِحَ) الكفيلُ (به طابَ له)؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِهِ حيثُ قَبَضَهُ على وجهِ الاقتضاءِ، فلو على وجهِ الرِّسالةِ فلا؛ لتَمحُّضِهِ أمانةً............

لأنَّ الكفيلَ لا دَيْنَ له عليه فلم يَملِكِ المؤدَّى، بل هو في يدِهِ محضُ أمانةٍ، كما إذا أدّاهُ الأصيلُ إليه على وجهِ الرِّسالةِ وكانتِ الكفالةُ بالأمرِ على ما مرَّ[1]، بل هذا بالأَوْلى؛ لِما عَلِمتَ مِن أنَّه هنا لا دَيْنَ له أصلاً.

[٢٥٦٨٤] (قولُهُ: لكنَّه قدَّمَ[2] قبلَهُ ما يُخالِفُهُ) لعلَّ مرادَهُ بالمخالفةِ أنَّ "المصنِّف" لم يُقيِّدْ "متنَهُ" بكونِ الكفيلِ كفيلاً بالأمرِ، وفرَّقَ هنا بينَ كونِهِ بالأمرِ فلا يعمَلُ نهيُهُ وإلاّ عَمِلَ، لكنْ في "شرح المصنِّف"[3] إشارةٌ إلى أنَّ مرادَهُ في "المتنِ" الكفيلُ بالأمرِ، وقد عَلِمتَ أنَّ هذا القيدَ لا بدَّ مِنه فلا مُخالفةَ.

[٢٥٦٨٥] (قولُهُ: حيثُ قَبَضَهُ على وجهِ الاقتضاءِ) تقييدٌ لـ"المتنِ" ولتعليلِهِ بأنَّه نَماءُ مِلْكِهِ، وصرَّحَ بعدَهُ بمفهومِهِ، وعبارةُ "الهداية"[4]: ((فإنْ رَبِحَ الكفيلُ فيه فهو له، لا يتصدَّقُ به؛ لأنَّه ملَكَهُ حينَ قَبَضَهُ، وهذا إذا قضَى الدَّينَ ظاهرٌ، وكذا إذا قضاهُ المطلوبُ بنفسِهِ وثبَتَ له استردادُ ما دفَعَ للكفيلِ، [٣/ق١٨٠/أ] وإنَّما حَكَمنا بثُبُوتِ مِلكِهِ إذا قضاهُ المطلوبُ بنفسِهِ لأنَّ الكفيلَ وجَبَ له بمجرَّدِ الكفالةِ على الأصيلِ مثلُ ما وجَبَ للطّالبِ على الكفيلِ، وهو المطالبةُ)) اهـ موضَّحاً مِن "الفتح"[5]، وتمامُهُ فيه.

(قولُهُ: لأنَّ الكفيلَ وجَبَ له بمجرَّدِ الكفالةِ على الأصيلِ مثلُ ما وجَبَ للطّالبِ على الكفيلِ، وهو المطالبةُ) مقتضى ما سبَقَ أنَّ الكفيلَ وجَبَ له على الأصيلِ دَيْنٌ، وهذا هو الذي يُفيدُ له في المقبوضِ المِلكَ لا المطالبةَ، لكنَّ عبارةَ "الفتح": ((لأنَّه وجَبَ له على الأصيلِ مثلُ ما وجَبَ للطّالبِ على الكفيلِ، وهو المطالبةُ، لكنْ أُخِّرَتْ مطالبةُ الكفيلِ إلى أدائهِ فنزَلَ ما للكفيلِ على الأصيلِ مَنزلةَ الدَّينِ المؤجَّلِ إلخ)).

---

(١) المقولة [٢٥٦٨٠] قوله: ((ليدفَعَهُ للطّالبِ)).

(٢) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٩/أ.

(٣) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٤٩/ب.

(٤) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٩٣ بتصرف.

(٥) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٢٠ - ٣٢١.

خلافاً لـ "الثّاني"، ....

[٢٥٦٨٦] (قولُهُ: خلافاً لـ "الثّاني") أي: "أبي يوسفَ"، فعندَهُ يَطيبُ له كمَن غصَبَ مِن إنسانٍ وربِحَ فيه يتصدَّقُ بالرِّبحِ عندَهما؛ لأنّه استفادَهُ مِن أصلٍ خبيثٍ، ويَطيبُ له عندَهُ مُستدِلاً بحديثِ[1]:

---

(١) اختلَفَ أهلُ العلمِ في صِحّةِ هذا الحديثِ؛ معَ تَلَقّي الفُقَهاءِ له بالقَبُول.

روى ابنُ أبي ذئبٍ عن مَخْلَدِ بنِ خُفافِ بنِ إيماء بنِ رَحْضةَ الغِفاريِّ قال: كان بيني وبين شُرَكاءَ لي عبدٌ فاحتويناهُ بيننا وكان بعضُ الشُّركاء غائباً، فقَدِمَ وأبَى أنْ يُجيزَهُ، فخاصَمَنا إلى هشامٍ، في روايةِ ابنِ إسماعيلَ، وفي روايةٍ: فخاصَمَنا إلى عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ، فقضَى بردِّ الغُلامِ والخَراجِ، وكان الخَراجُ بلَغَ ألفاً، فأتيتُ عُروةَ بنَ الزُّبيرِ فأخبرتُه، فحدَّثَني عُرْوةُ عن عائشةَ أنَّ رسولَ الله ﷺ قضَى في مثلِ هذا أنَّ الخَراجَ بالضَّمان، قال: فعجَّلْتُ إلى عمرَ فأخبرتُه ما أخبَرَني عُرْوةُ عن عائشةَ عن النّبيِّ ﷺ، فقال عمرُ: فما أيسر عليَّ مِن قضاءٍ قضَيتُه، واللهُ يعلَمُ أنّي لم أُرِدْ فيه إلاّ الحَقَّ، فبَلَغني فيه سنّةٌ عن رسول الله ﷺ، فأرُدُّ قضاءَ عمرَ وأُنْفِذُ سنّةَ رسول الله ﷺ، فراحَ إليه عُرْوةُ، فقضَى لي أنْ آخُذَ الخَراجَ مِن الذي قضَى به عليَّ له. وبعضُهم يَرويه مُختصَراً دونَ ذِكْرِ القِصَّة.

أخرجه أبو داودَ (٣٥٠٨) في البيوعِ ـ باب مَن اشترَى عبداً فاستعمَلَه ثمَّ وجَدَ به عيباً، والتِّرمذيُّ (١٢٨٥) في البيوعِ ـ باب مَن يشتري العبدَ ويستغِلُّه ثمَّ يَجِدُ به عيباً، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٧/٢٥٥، و"الكبرى" (٦٠٨١) في البيوعِ ـ الخَراجِ بالضَّمان، وابنُ ماجَه (٢٢٤٢) في التِّجارات ـ باب الخَراجِ بالضَّمان، والشّافعيُّ كما في "مسنده" ١/١٨٩ و٢٤٣، وعبدُ الرَّزّاق في "المصنف" (١٤٧٧٧)، وأحمدُ بنُ حنبلَ ٦/٤٩ و٢٣٧، وإسحاقُ بنُ راهُويَه (٧٥٠) و(٧٧٥) و(٧٧٦)، وأبو بكرِ بنُ أبي شَيبةَ ٤/٣٧٣، وأبو عُبيدٍ في "الأموال" صـ٨٠ـ، وابنُ الجارود (٦٢٧)، وأبو عَوانةَ (٥٤٩٥) و(٥٤٩٦)، وأبو يَعْلَى (٤٥٣٧) و(٤٥٧٥)، والطَّحاويُّ ٤/٢١، والبغويُّ في "مسند عليِّ بن الجَعْد" (٢٨١١) و(٢٨١٢)، وأبو داودَ الطَّيالسيُّ (١٤٦٤)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٦/٤٤٤، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٤٩٢٨)، والعُقَيليُّ في "الضُّعفاء" ٤/٢٣١، وتمّامٌ في "الفوائد" كما في "الرَّوض البسّام" (٦٩١) و(٦٩٢)، والحاكمُ في "المستدرك" ٢/١٥، وابنُ عبدِ البرِّ ١٨/ ٢٠٦.

قال الطَّحاويُّ: عَمِلَتْ به العُلَماءُ.

قال التِّرمذيُّ: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، وقد رُوِيَ هذا الحديثُ مِن غير هذا الوَجْهِ، والعَمَلُ على هذا عندَ أهلِ العلمِ. وتفسيرُ ((الخَراجُ بالضَّمان)) هو الرَّجلُ يشتري العبدَ فيَستغِلُّهُ، ثمَّ يجِدُ به عَيْباً فيَردُّهُ على البائعِ فالغَلّةُ للمشتري؛ لأنَّ العبدَ لو هَلَكَ هَلَكَ مِن مالِ المشتري، ونحوُ هذا مِن المسائلِ يكونُ فيه الخَراجُ بالضَّمان.

ومَخْلَدُ بنُ خُفافٍ: هو ابنُ إيماء بنِ رَحْضةَ الغِفاريُّ، قال ابنُ وضّاح: مَخْلَدٌ مَدَنيٌّ ثقةٌ، وذكَرَه ابنُ حبّانَ في "الثِّقات". وصحَّح هذا الحديثَ ابنُ القَطّان.

وقال البخاريُّ وتَبِعَه ابنُ عَدِيٍّ: معروفٌ بهذا الحديثِ، لا يُعرَفُ له غيرُه.

وسأل التِّرمذيُّ في "العِلَل الكبير" ١/٥١٣ ـ ٥١٤ البخاريَّ عن هذا الحديث فقال: مَخْلَدُ بنُ خُفافٍ لا أعرِفُ له غيرَ هذا الحديث، وهذا حديثٌ مُنكَرٌ. وقال البخاريُّ: مَخْلَدٌ فيه نظرٌ.

قال ابنُ أبي حاتمٍ في "الجرح والتَّعديل" ٨/٣٤٧: سئل أبي عنه فقال: لم يَروِ عنه غيرُ ابنِ أبي ذئبٍ، وليس هذا إسناداً تقومُ به الحُجَّةُ، غيرَ أنّي أقولُ به؛ لأنّه أصلَحُ مِن آراءِ الرِّجال. =

= قال ابنُ حَجَرٍ في "التّهذيب" ٤/٤١: وفي سماعِ ابنِ أبي ذئبٍ مِنه عندي نظرٌ. وقال ابنُ حزمٍ في "المحلّى" ٥/٢٥٠: لا يَصِحُّ؛ لأنَّ راويَه مَخْلَدُ بنُ خُفافٍ، وهو مجهولٌ. وقال في "الإحكام" ٧/٣٥٦: لا تقومُ بمثله حُجَّةٌ؛ لأنَّ مَخْلداً ومسلماً ليسا بقويّين.

قال ابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٦/٤٤٥: وكنّا نظُنُّ أنَّ هذا الحديثَ لم يَروِه عن مَخْلدٍ غيرُ ابنِ أبي ذئبٍ كما ذكَرَه البخاريُّ أيضاً، حتى حدَّثَناهُ الوشّاءُ عن البالسيِّ عن الهيثمِ بنِ جميلٍ عن يزيدَ بنِ عياضٍ عن مَخْلدِ بنِ خُفافٍ عن عُرْوَةَ عن عائشةَ قالت: ((قضَى رسولُ الله ﷺ أنَّ الخَراجَ بالضَّمان)). ويزيدُ بنُ عِياض: قال البخاريُّ: مُنكَرُ الحديث، وقال يحيى: ليس بثقةٍ، ورماه مالكٌ بالكَذِب، وقال النَّسائيُّ وغيرُه: متروكٌ.

قال العُقَيليُّ: وتابعه [مخلداً] الزنجي بن خالد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة بهذا أيضاً، وهذا الإسنادُ فيه ضَعْفٌ.

وروى مسلمُ بنُ خالدٍ الزَّنجيُّ عن هشامِ بنِ عُرْوَةَ عن أبيه عن عائشةَ أنَّ رجلاً اشتَرَى عبداً فاستغَلَّه، ثمَّ ظهَرَ منه على عيبٍ، فخاصمَ فيه إلى رسولِ الله ﷺ فقضى له بردِّه، فقال البائع: يا رسولَ الله إنَّه قد أخذَ خَراجَه. فقال رسولُ الله ﷺ: ((الخَراجُ بالضَّمان)). وبعضُهم يَرويه دونَ القِصَّة، وبعضُهم يقولُ: ((الغَلَّةُ بالضَّمان)).

أخرجه أبو داودَ (٣٥١٠) في البيوع ـ باب مَن اشتَرَى عبداً فاستعمَلَه ثمَّ وجَدَ به عيباً، وابنُ ماجه (٢٢٤٣) في التّجارات ـ باب الخَراج بالضَّمان، وابنُ الجارود في "المنتقى" (٦٢٦)، وأحمدُ ٦/٨٠ و١١٦، والدّارقطنيُّ ٣/٥٣، وابنُ زَنْجُويَه في "الأموال" (٢٨١)، والطَّحاويُّ في "شرح المعاني" ٤/٢١ و٢٢، وأبو عَوانةَ (٥٤٩٤)، وأبو يَعْلى (٤٦١٤)، وابنُ حبّانَ في "صحيحه" كما في "الإحسان" (٤٩٢٧)، والحاكمُ في "المستدرك" ٢/١٤ ـ ١٥، والبيهقيُّ في "المعرفة" (١١٣٥٠) و(١١٣٥٢)، وابنُ عبدِ البَرِّ في "التَّمهيد" ١٨/٢٠٦ و٢٠٧، والبَغويُّ في "شرح السنة" (٢١١٨)، وابنُ عساكرَ في "تاريخ دمشقَ" ٣٢/٣٦٠.

قال الطَّحاويُّ: تَلَقَّى العُلَماءُ هذا الخَبَرَ بالقَبُول.

قال البخاريُّ في "التّاريخ" ١/٢٤٣: وقال مسلمُ بنُ خالدٍ عن هشامِ بنِ عُروَةَ عن أبيه عن عائشةَ عن النَّبيِّ ﷺ: ((الخَراجُ بالضَّمان))، ولا يَصِحُّ اهـ. وسأل التِّرمذيُّ في "العِلَل الكبير" ١/٥١٤ البخاريَّ عنه، فقال: إنَّما رواه مسلمُ بنُ خالدٍ الزَّنجيُّ، ومسلمٌ: ذاهبُ الحديث اهـ.

ومسلمُ بنُ خالدٍ الزَّنجيُّ الفقيهُ المكّيُّ: قال ابنُ مَعين: ثقةٌ، وقال: ليس به بأسٌ، وقال: صالحُ الحديث، وقال: ضعيفٌ، وقال الدّارقطنيُّ: ثقةٌ، وقال ابنُ المَدينيِّ: ليس بشيءٍ، وقال البخاريُّ: مُنكَرُ الحديث، وقال أبو حاتم: ليس بذاك القويِّ، مُنكَرُ الحديث، يُكتَبُ حديثُه ولا يُحتَجُّ به، تَعرِفُ وتُنكِرُ. فلا يُحتمَلُ مِنه مثلُ هذا عن عُرْوَةَ. وقال أبو داودَ: هذا إسنادٌ ليس بذاك. قال المُنذريُّ في "مختصر أبي داودَ" ٥/١٦١: يُشيرُ إلى ما أشار إليه البخاريُّ مِن تضعيفِ مسلمِ بنِ خالدٍ الزَّنجيِّ، وقال ابنُ عَدِيٍّ: وهذا يُعرَفُ بمسلمِ بنِ خالدٍ عن هشامِ بنِ عُرْوَةَ، وقد رواه بعضُ الضُّعفاء أيضاً عن هشامِ بنِ عُرْوَةَ.

وروى أبو سَلَمةَ يحيى بنُ خَلَفٍ عن عمرَ بنِ عليٍّ المُقَدَّميِّ عن هشامِ بنِ عُرْوَةَ عن أبيه عن عائشةَ: ((أنَّ رسولَ الله ﷺ قضَى أنَّ الخَراجَ بالضَّمان)).

أخرجه التِّرمذيُّ (١٢٨٦) في البيوع ـ باب فيمَن يشتري العبدَ ويستغلُّه ثُمَّ يَجِدُ به عيباً، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٥/٤٥، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٥/٣٢٢، و"معرفة السنن" (١١٣٥٦). =

= قال الترمذيُّ: حسنٌ صحيحٌ غريبٌ مِن حديث هشامِ بنِ عُرْوةَ. ثمَّ قال: استغرَبَ محمَّدُ بنُ إسماعيلَ هذا الحديثَ مِن حديث عمرَ بنِ عليٍّ، قلتُ: تراه تدليساً؟ قال: لا.

وقال الترمذيُّ في "العِلَلِ الكبير" ٥١٤/١: فقلتُ له [أي: البخاريِّ]: قد رواه عمرُ بنُ عليٍّ عن هشامِ بنِ عُروةَ، فلم يعرِفْه مِن حديث عمرَ بنِ عليٍّ، قلتُ له: ترى أنَّ عمرَ بنَ عليٍّ دلَّسَ فيه؟ فقال محمَّدٌ: لا أعرفُ أنَّ عمرَ بنَ عليٍّ يدلِّسُ اهـ.
قال البيهقيُّ: وذكَرَه الترمذيُّ لمحمَّدِ بنِ إسماعيلَ، فكأنَّه أعجبَه. قال المنذريُّ في "مختصر السنن" ١٦١/٥: إسنادُه جيِّدٌ.

ويحيى بنُ خَلَفٍ أبو سَلَمةَ البَصريُّ: وثَّقه البَزّارُ وابنُ حبّانَ.

وعمرُ بنُ عليٍّ المُقَدَّميُّ: أثنى عليه أحمدُ خيراً، وقال: كان يدلِّسُ، وقال ابنُ مَعين: كان يدلِّسُ وما كان به بأسٌ، وقال ابنُ عَدِيٍّ: له أحاديثُ حِسانٌ، وأرجو أنَّه لا بأسَ به. قال ابنُ سعدٍ: كان يدلِّسُ تدليساً شديداً، يقولُ: سَمِعتُ وحدَّثنا، ثمَّ يسكُتُ فيقول: هشامُ بنُ عُرْوةَ والأعمشُ. قال أبو حاتمٍ: مَحلُّه الصِّدقُ، ولولا تدليسُه لحَكَمْنا له إذا جاء بزيادةٍ، غيرَ أنّا نخشى أنْ يكونَ أخذَهُ عن غير ثقةٍ.

وأخرج أبو عَوانةَ في "مسنده المستخرَج" (٥٤٩٣): حدَّثنا أبوداودَ السِّجْزيُّ قال: سَمِعتُ قُتيبةَ بنَ سعيدٍ قال: هو في كتابي بخَطّي عن جرير عن هشامِ بنِ عُرْوةَ عن أبيه عن عائشةَ: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: ((الخَراجُ بالضَّمان)).

قال أبو عَوانةَ: اختلَفَ أهلُ العِلمِ في صحَّةِ هذا الحديث، ورُوِيَ عن ثلاثةٍ: عن هشامِ بنِ عُرْوةَ، رواه جريرٌ، ومسلمُ ابنُ خالدٍ، ولعلَّه عمرُ بنُ عليٍّ، فأمّا مسلمٌ فليسَ بالثَّبْتِ كما ينبغي، وأمّا عمرُ بنُ عليٍّ فإنَّه كان يدلِّسُ، ولعلَّه أخذَه عن مسلمِ بنِ خالدٍ، وأمّا جريرٌ فإنَّ هذا الحديثَ ليس بمشهورٍ عنه، ولا نعلَمُ كتَبْناه مِن غير حديثِ قُتيبةَ بنِ سعيدٍ. اهـ.

قال البخاريُّ في "التّاريخ الكبير" ٢٤٣/١: ورواه جريرٌ عن هشامٍ ـ ولم يَسمَعْه ـ عن أبيه عن عائشةَ عن النَّبيِّ ﷺ، قال: ولا يَصِحُّ.

قال الترمذيُّ: قلتُ له [أي: للبخاريِّ]: رواه جريرٌ عن هشامٍ فقال: قال محمَّدُ بنُ حُميدٍ: إنَّ جريراً روى هذا في المناظرةِ، ولا يدرون له فيه سماعاً. وضعَّف محمَّدٌ حديثَ هشامِ بنِ عُروةَ في هذا الباب. قال الترمذيُّ: وحديثُ جريرٍ يقال: تدليسٌ دلَّسَ فيه جريرٌ. لم يَسمَعْه مِن هشامِ بنِ عُرْوةَ.

ورواه محمَّدُ بنُ المنذرِ الزُّبيريُّ عن هشامِ بنِ عُرْوةَ عن أبيه قال: الخَراجُ بالضَّمان. ذكَرَه البخاريُّ في "التّاريخ الكبير" ٢٤٣/١ هكذا مِن قولِ عُرْوةَ بنِ الزُّبير.

ومحمَّدُ بنُ المنذرِ الزُّبيريُّ: إنْ كان ابنَ الزُّبير بنِ العوّام [وهو الذي رجَّحَه ابن حَجَرٍ في "تعجيل المنفعة" صـ٣٧٩ـ] فقال ابنُ حبّانَ في "الثِّقات": ربَّما أخطأَ، يروي المقاطيعَ والمراسيلَ.

ورواه محمَّدُ بنُ الصَّبّاحِ وعمرُو بنُ رافعٍ البَجَليُّ عن يعقوبَ بنِ الوليد بنِ أبي هلال عن هشامٍ (ح)، ورواه إبراهيمُ بنُ عبدِ الله الهَرَويُّ عن يعقوبَ بنِ الوليدِ وخالدِ بنِ مَهرانَ المكفوفِ عن هشامِ بنِ عُرْوةَ عن أبيه عن عائشةَ به. أخرجه ابنُ عَدِيٍّ ١٤٧/٧ و١٤٨، والخَليليُّ في "الإرشاد" صـ٢٣٩ـ. قال الخَليليُّ: هذا حديثٌ يُعرَفُ لمسلمِ بنِ خالدٍ الزَّنْجيِّ عن هشامٍ وتابَعَه يعقوبُ. وقال ابنُ عَدِيٍّ: هذا حديثُ مسلمِ بنِ خالدٍ الزَّنْجيِّ عن هشامِ بنِ عُرْوةَ سرَقَه مِنه يعقوبُ هذا، وخالدُ بنُ مَهرانَ وهو مجهولٌ، ويعقوبُ: كذَّبَه أحمدُ، وقال ابنُ مَعين: ليس بثقةٍ.

وأخرجه الخَليليُّ في "الإرشاد" صـ٣٦٥ـ، والخطيبُ في "تاريخ بغداد" ٢٩٧/٨ ـ ٢٩٨، وعنه ابنُ الجوزيِّ في "العِلَل المتناهية" ٥٩٦/٢، مِن طريق إبراهيمَ بنِ عبد الله الهَرَويِّ عن خالدِ بنِ مَهرانَ المكفوفِ عن هشامٍ به. قال الخَليليُّ: قد ذكرتُ عِلَّتَه، وأنَّه مِن حديثِ مسلمِ بنِ خالدٍ، وضعَّفوه فيه أيضاً، ومُتابَعةُ مثلِ خالدٍ لا تُقوِّيه. =

(ونُدِبَ رَدُّهُ) على الأصيلِ إنْ[١] قضَى الدَّينَ بنفسِهِ، "درر"[٢]، ....

((الخَراجُ بالضَّمانِ))، "فتح"[٣].

[٢٥٦٨٧] (قولُهُ: ونُدِبَ رَدُّهُ) مرتبطٌ بقولِهِ بعدَهُ: ((فيما يَتعيَّنُ بالتَّعيين)) أي: أنَّ قولَهُ: ((طابَ له)) ـ أي: الرِّبحُ ـ إنَّما هو فيما لو كان المؤدَّى للكفيلِ شيئاً لا يَتعيَّنُ بالتَّعيينِ كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ، فإنَّ الخُبثَ لا يظهَرُ فيها، بخلافِ ما يَتعيَّنُ كالحنطةِ ونحوِها، بأنْ كفَلَ عنه حنطةً وأدّاها الأصيلُ إلى الكفيلِ وربِحَ الكفيلُ فيها فإنَّه يُندَبُ رَدُّ الرِّبحِ إلى الأصيلِ، قال في "النَّهر"[٤]: ((وهذا هو أحدُ الرِّواياتِ عن "الإمامِ"، وهو الأصحُّ، وعنه أنَّه لا يرُدُّهُ، بل يَطيبُ له، وهو قولُهما؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِهِ، وعنه: أنَّه يتصدَّقُ به))، وتمامُهُ فيه.

٤/٢٧٨

[٢٥٦٨٨] (قولُهُ: إنْ قضَى الدَّينَ بنفسِهِ) أي: إنْ قضاهُ الأصيلُ للطَّالبِ، وهذه العبارةُ تابَعَ فيها صاحبُ "الدُّررِ" "الزَّيلعيَّ"[٥]، وأقرَّهُ "الشُّرنبُلاليُّ"[٦]، لكن اعترَضَهُ "الوانيُّ": ((بأنَّ هذا القيدَ غيرُ لازمٍ ومُوهِمٌ خلافَ المقصودِ)).

= وخالدُ بنُ مَهرانَ: قال الخَليليُّ: كان مُرجئاً وضعَّفوه جدّاً. وتقدَّم عن ابنِ عَدِيٍّ أنَّه مجهولٌ، وأنَّه سرَقَ الحديث. قال ابنُ الجوزيّ: وهذا الحديثُ لا يَصِحُّ. وفي كتاب الحسين بنِ حبّانَ وِجادَةً، قال أبو زكريّا ـ أي يحيى بنُ مَعين ـ : أبو الهيثمِ خالدُ بنُ مَهرانَ المكفوفُ، قائدُ المَكافيفِ، جارُ الهَرَويِّ ثقةٌ، وكان عَسِراً في الرِّوايةِ، أتيناه فلم يُحدِّثْنا، وكان عنده حديثُ: ((الخَراجُ بالضَّمانِ)).

ورواه مصعبُ بن إبراهيمَ الجُهَنيُّ عن ابنِ جُرَيجٍ عن الزُّهريِّ عن عُرْوةَ به.

أخرجه ابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٤٤٤/٦ و٣٦٥ ـ ٣٦٦، ثمَّ قال: وهذا مُنكَرٌ عن الزُّهريّ، وإنّما يروي هذا ابنُ أبي ذئبٍ عن مَخْلَدِ بنِ خُفاف، وقد روي هذا عن ابنِ جُرَيجٍ عن ابن أبي ذئبٍ عن مَخْلَدٍ، ومصعبٌ هذا قال: عن ابنِ جُرَيجٍ عن الزُّهري عن عُرْوةَ، وليس هذا من حديث الزُّهريّ، ومصعبٌ شيخٌ مجهولٌ ليس بالمعروفِ، وأحاديثُه ليست بالمحفوظة. قال العُقيليّ: في حديثه نظرٌ.

(١) في "و": ((إذا)).

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٣/٦ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢١/ب باختصار.

(٥) في "الأصل": (("و"الزيلعيّ")) بالواو، وانظر "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٦٢/٤.

(٦) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢ (هامش "الدرر والغرر").

(فيما يَتعيَّنُ بالتَّعيين) كحنطةٍ، لا فيما لا يَتعيَّنُ كنُقودٍ فلا يُندَبُ، ولو رَدَّهُ هل يَطيبُ للأصيلِ؟ الأشبهُ نَعَمْ ولو غنيّاً، "عناية". (أمَرَ) الأصيلُ (كفيلَهُ ببَيْعِ العِيْنَةِ)..............

قلتُ: وهو كذلك كما يُعلَمُ مِن "الهداية"[١]، حيث قال في توجيهِ الأصحِّ: ((وله ـ أي: لـ"الإمامِ" ـ أنَّه تمكَّنَ الخُبثُ مع المِلكِ؛ لأنَّه بسبيلٍ مِن الاستردادِ، بأنْ يقضِيَهُ بنفسِهِ إلخ))، فجعَلَ إمكانَ الاستردادِ بقضاءِ الدَّينِ بنفسِهِ دليلَ ثُبوتِ الخُبثِ في الرِّبحِ مع قيامِ المِلكِ، فعُلِمَ أنَّ ذلك غيرُ قيدٍ في المسألةِ.

[٢٥٦٨٩] (قولُهُ: الأشبهُ نَعَمْ ولو غنيّاً) الذي في "العناية"[٢] ـ وكذا "البحر"[٣] و"النهر"[٤] ـ: ((إنْ كان فقيراً طابَ، وإنْ كان غنيّاً ففيه روايتانِ، والأشبَهُ أنْ يَطيبَ له أيضاً))، فكان الأَوْلى لـ"الشّارحِ" أنْ يُؤخِّرَ قولَهُ: ((الأشبَهُ نَعَمْ)) عن قولِهِ: ((ولو غنيّاً[٥]))؛ لأنَّ الرِّوايتينِ فيه لا في الفقيرِ.

مطلبٌ: بَيْعُ العِيْنَةِ[٦]

[٢٥٦٩٠] (قولُهُ: أمَرَ كفيلَهُ ببَيْعِ العِيْنَةِ) بكسرِ العينِ المهملةِ، وهي السَّلَفُ، يُقال: باعَهُ بعِيْنَةٍ أي: نَسيئةٍ، "مغرب"[٧].

---

(١) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٩٤.

(٢) "العناية": كتاب الكفالة ٦/٣٢١ (هامش "فتح القدير")، ونَقَلَ قولَه: ((والأشبه...)) عن "فخر الإسلام".

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل قوله: ولو أعطى إلخ ٦/٢٥٦.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢١/ب.

(٥) في "الأصل" و"آ": ((ولا غنياً))، وهو تحريف.

(٦) **نقول**: ذهب الحنفيَّةُ والشافعيَّةُ إلى صحّةِ عقد بيع العِينةِ مع الكراهة التحريميّة عند الحنفيّةِ، والحرمةِ عند الشافعيّةِ، وذهب المالكيّةِ والحنابلةُ إلى بطلان هذا العقدِ؛ لأنَّه اتُّخِذَ حيلةً لتحليل التعامل بالربا، فهو وسيلة لعقدٍ محرَّمٍ غيرِ مشروعٍ، فيُمنَعُ سدّاً للذرائع.

والتحقيقُ في مذهب الحنفيّةِ أنَّ صورةَ بيع العِينةِ المكروهِ تحريماً هو شراءُ شيءٍ بثمنٍ مؤجَّلٍ، ثم بيعُه لنفسِ البائع الأولِ بثمنٍ فوريٍّ أقلَّ من الثمن الأول، أما إذا باعه لغير البائع الأول كما إذا باعه في السوق فلا كراهة فيه بل هو خلافُ الأَوْلى، فما لم ترجعِ العينُ إلى البائع الأول التي خرجت منه لا يسمّى البيعُ بيعَ العِينة، كما حقّقه الكمالُ بن الهمام، وأقرّه عليه غيرُ واحدٍ من فقهاء المذهب، كما سيأتي في المقولة [٢٥٦٩٢]. وانظر "الفقه الإسلامي وأدلته" للدكتور وهبة الزحيلي ٤/٣٢ وما بعدها و٤/١٨٦ وما بعدها.

(٧) "المغرب": مادة ((عين)).

أي: بَيْعِ العَينِ بالرِّبحِ نَسيئةً ليبيعَها المستقرِضُ بأقلَّ ليقضِيَ دَيْنَهُ، اخترَعَهُ أَكَلَةُ الرِّبا، وهو مكروهٌ مذمومٌ شرعاً؛ لِما فيه مِن الإعراضِ عن مَبَرَّةِ الإقراضِ (ففعَلَ) الكفيلُ ذلك (فالمبيعُ للكفيلِ، و) زيادةُ (الرِّبحِ عليه) لأنَّه العاقدُ، و(لا) شيءَ على (الآمرِ)............

وفي "المصباح"[(١)]: ((وقيل لهذا البَيعِ: عِيْنَةٌ لأنَّ مُشتريَ السِّلعةِ إلى أجلٍ يأخُذُ بدَلَها عَيْناً، أي: نقداً حاضراً))اهـ. أي: قال الأصيلُ للكفيلِ: اشترِ مِن النّاسِ نوعاً مِن الأقمشةِ ثمَّ بِعْهُ، فما رَبِحَهُ البائعُ مِنك وخَسِرتَهُ أنت فعليَّ، فيأتي إلى تاجرٍ فيطلُبُ مِنه القَرْضَ، ويطلُبُ التّاجرُ مِنه الرِّبحَ ويَخافُ مِن الرِّبا، فيَبيعُهُ التّاجرُ ثوباً يساوي عشرةً مثلاً بخمسةَ عشرَ نسيئةً، فيَبيعُهُ هو في السُّوقِ بعشرةٍ، فيحصُلُ له العشرةُ ويَجِبُ عليه للبائعِ خمسةَ عشرَ إلى أجلٍ، أو يُقرِضُهُ خمسةَ عشرَ درهماً، ثمَّ يَبيعُهُ المقرِضُ ثوباً يساوي عشرةً بخمسةَ عشرَ، فيأخُذُ الدَّراهمَ التي أقرَضَهُ على أنَّها ثَمنُ الثَّوبِ فيبقى عليه الخمسةَ عشرَ قَرْضاً، "درر"[(٢)].

ومِن صُوَرِها: أنْ يعودَ الثَّوبُ إليه كما إذا اشتراهُ التّاجرُ في الصُّورةِ الأُولى مِن المشتري الثّاني ودفَعَ الثَّمنَ إليه ليدفَعَهُ إلى المشتري الأوَّلِ، وإنَّما لم يشترِهِ مِن المشتري الأوَّلِ تحرُّزاً عن شراءِ ما باعَ بأقلَّ مِمّا باعَ قبلَ نقدِ الثَّمنِ.

[٢٥٦٩١] (قولُهُ: أي: بَيْعِ[(٣)] العَينِ بالرِّبحِ) أي: بثَمنٍ زائدٍ نَسيئةً، أي: إلى أجلٍ، وهذا تفسيرٌ للمرادِ مِن بَيْعِ العِيْنَةِ في العُرْفِ بالنَّظرِ إلى جانبِ البائعِ، فالمعنى: أمَرَ كفيلَهُ بأنْ يُباشِرَ عَقْدَ هذا البَيعِ مع البائعِ بأنْ يشتريَ مِنه العَينَ على هذا الوجهِ؛ لأنَّ الكفيلَ مأمورٌ بشراءِ العِيْنَةِ لا ببَيْعِها، وأمّا بَيْعُهُ بعدَ ذلك لِما اشتَراهُ فليس على وجهِ العِيْنَةِ؛ لأنَّه يَبيعُها حالَّةً بدونِ ربحٍ.

[٢٥٦٩٢] (قولُهُ: وهو مكروهٌ) أي: عندَ "محمَّدٍ"، وبه جزَمَ في "الهداية"[(٤)]، قال في "الفتح"[(٥)]: ((وقال "أبو يوسفَ": لا يُكرَهُ هذا البَيعُ؛ لأنَّه فعَلَهُ كثيرٌ مِن الصَّحابةِ وحُمِدُوا على [٣/ق١٨٠/ب] ذلك،

---

(١) "المصباح": مادة ((عين)).

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٤.

(٣) في "الأصل": ((بين))، وهو تحريف.

(٤) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٩٤.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٢٤.

....

ولم يعُدُّوهُ مِن الرِّبا، حتّى لو باعَ كاغَدةً بألفٍ يَجُوزُ ولا يُكرَهُ. وقال "محمّدٌ": هذا البَيعُ في قلبي كأمثالِ الجبالِ ذميمٌ، اخترَعَهُ أكَلَةُ الرِّبا، وقد ذمَّهم رسولُ اللهِ ﷺ فقال: ((إذا تبايعتم بالعَيْنِ[1] واتّبعتم أذنابَ البقرِ ذَلَلتم وظهرَ عليكم عدوُّكم))[2]، أي: اشتغلتُم بالحَرْثِ عن الجهادِ، وفي روايةٍ: ((سُلِّطَ عليكم شِرارُكم فيَدْعُو خِيارُكم فلا يُستجابُ لكم))[3]، وقيل: إيّاك والعِيْنَةَ، فإنَّها لَعِيْنةٌ))، ثمَّ قال في "الفتح"[4] ما حاصلُهُ: ((أنَّ الذي يقَعُ في قلبي أنّه إنْ فُعِلَتْ صورةٌ يعودُ فيها إلى البائعِ جميعُ ما أخرَجَهُ أو بعضُهُ كعَودِ الثَّوبِ إليه في الصُّورةِ المارَّةِ[5]، وكعَودِ الخمسةِ في صورةِ إقراضِ الخمسةَ عشرَ فيُكرَهُ ـ يعني: تحريماً ـ فإنْ لم يَعُدْ كما إذا باعَهُ المديونُ في السُّوقِ فلا كراهةَ فيه، بل خلافُ الأَولى، فإنَّ الأجلَ قابَلَهُ قِسطٌ مِن الثَّمنِ، والقَرْضَ غيرُ واجبٍ عليه دائماً، بل هو مندوبٌ، وما لم ترجعْ إليه العَينُ التي خرجَتْ منه لا يُسمَّى بَيْعَ العِيْنَةِ؛ لأنَّه مِن العَينِ المسترجَعةِ لا العَينِ مُطلقاً، وإلاّ فكلُّ بَيْعٍ بَيْعُ العِيْنَةِ))اهـ. وأقرَّهُ في "البحر"[6] و"النَّهر"[7] و"الشُّرنبُلاليّة"[8]، وهو ظاهرٌ، وجعَلَهُ السَّيِّدُ "أبو السُّعود"[9] مَحمَلَ قولِ "أبي يوسفَ"، وحَمَلَ قولَ "محمَّدٍ" والحديثَ على صُورةِ العَودِ.

هذا، وفي "الفتح"[10] أيضاً: ((ثمَّ ذمُّوا البياعاتِ الكائنةَ الآنَ أشدَّ مِن بَيْعِ العِيْنَةِ، حتّى قال مشايخُ بَلْخٍ ـ منهم "محمَّدُ بنُ سَلَمةَ" ـ للتُّجّارِ: إنَّ العِيْنَةَ التي جاءت في الحديثِ خيرٌ مِن بياعاتِكم، وهو صحيحٌ[11]، فكثيرٌ مِن البياعاتِ كالزَّيتِ والعَسلِ والشَّيرَجِ وغيرِ ذلك استقرَّ الحالُ فيها على وزنِها مظرُوفةً، ثمَّ إسقاطِ مقدارٍ مُعيَّنٍ على الظَّرفِ، وبه يصيرُ البَيعُ فاسداً، ولا شكَّ أنَّ البيعَ

---

(١) في "م": ((بالعينة)).

(٢) تقدَّم تخريجُه ١٥/٥٦٧ وما بعدها.

(٣) لم نقف على هذه الرِّواية في المصادر الحديثية التي بين أيدينا. والله أعلم.

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٢٤.

(٥) المقولة [٢٥٦٩٠] قوله: ((أمَرَ كفيلَهُ ببَيْعِ العِيْنَةِ)).

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل قوله: ولو أعطى إلخ ٦/٢٥٦.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢١/ب.

(٨) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٢/٣٠٤ ـ ٣٠٥ (هامش "الدرر والغرر").

(٩) "فتح المعين": كتاب الكفالة ٣/١٥.

(١٠) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٢٤.

(١١) في "الأصل": ((وهو كثير)) بدل ((وهو صحيح)).

لأنه إمّا ضمانُ الخُسرانِ، أو توكيلٌ بمجهولٍ، وذلك باطلٌ. (كَفَلَ) عن رجلٍ (بما ذابَ له، أو بما قُضِيَ له عليه، أو بما لَزِمَهُ له) عبارةُ "الدُّرر": ((لَزِمَ)) بلا ضميرٍ. ....

الفاسدَ بحُكمِ الغصبِ المحرَّمِ، فأين هو مِن بَيْعِ العِيْنَةِ الصَّحيحِ المختلَفِ في كراهتِهِ؟!)) اهـ.

[٢٥٦٩٣] (قولُهُ: لأنَّه إمّا ضمانُ الخُسْرانِ) أي: نظراً إلى قولِهِ: ((عليَّ))، فإنَّها للوُجوبِ فلا يَجُوزُ، كما إذا قال لرجلٍ: بايعْ في السُّوقِ فما خَسِرتَ فعليَّ، "درر"[1].

[٢٥٦٩٤] (قولُهُ: أو توكيلٌ بمجهولٍ) أي: نظراً إلى الأمرِ به، فلا يَجُوزُ أيضاً؛ لجهالةِ نوعِ الثَّوبِ وثَمنِهِ، "درر"[1].

[٢٥٦٩٥] (قولُهُ: كفَلَ عن رجلٍ) الأَولى أنْ يقولَ: كفَلَ عن رجلٍ لرجلٍ؛ ليكونَ مَرجِعُ الضَّميرِ في ((له)) مذكوراً، وهو الرَّجلُ الثّاني المكفُولُ له وإنْ كان معلوماً مِن المقامِ.

[٢٥٦٩٦] (قولُهُ: بما ذابَ له) أي: بما ثبَتَ ووجَبَ بالقضاءِ.

[٢٥٦٩٧] (قولُهُ: عبارةُ "الدُّرر": لَزِمَ بلا ضميرٍ) الذي رأيناهُ في "الدُّرر"[2]: ((لَزِمَهُ)) بالضَّميرِ، وكأنَّه سقطَ مِن نُسخةِ "الشّارحِ"، وهي أَولى؛ لأنَّ ضميرَ ((له)) في المواضعِ الثَّلاثةِ للمكفُولِ له، وضميرَ ((لَزِمَهُ)) للمكفُولِ، ففيه تَشتِيتُ الضَّمائرِ مع إيهامِ عَودِهِ للمكفُولِ أيضاً

٤/٢٧٩

(قولُهُ: فلا يَجُوزُ أيضاً؛ لجهالةِ نوعِ الثَّوبِ وثَمنِهِ) **قلتُ**: فلو كان زيدٌ مديوناً بعشرةٍ وكفَلَ بها خالدٌ، فأمَرَ زيدٌ خالداً بأنْ يشتريَ ثوباً مُعيَّناً لبكرٍ بخمسةَ عشرَ دَيْناً، ثمَّ يَبيعَهُ على غيرِهِ ولو بعشرةٍ ويقضي الدَّينَ عنه، فهذه الصُّورةُ انتَفَت فيها جهالةُ المبيعِ وقَدْرِ الثَّمنِ واشتَمَلَت على التَّفويضِ في بَيْعِهِ، فهل ما خَسِرَ خالدٌ يكونُ مضموناً على زيدٍ أم لا؟ وظاهرُ عباراتِهم يقتضي انصرافَها إلى زيدٍ؛ لصحَّةِ التَّوكيلِ بانتفاءِ الجهالةِ. اهـ "سنديّ".

(قولُهُ: ففيه تشتيتُ الضَّمائرِ مع إيهامِ عَودِهِ للمكفُولِ أيضاً إلخ) هو حاصلٌ في قولِهِ: ((قُضِيَ له عليه))، والإيهامُ مُندفِعٌ بقولِهِ: ((له))، وحَقُّهُ أنْ يقولَ: مع إيهامِ عَودِهِ للمكفُولِ له، تأمَّلْ. ولا بدَّ مِن تقديرِهِ حتّى يُعلَمَ المكفُولُ عنه، فلا يَصِحُّ حينئذٍ جعلُهُ قاصراً غيرَ محتاجٍ إلى مفعولٍ، ولم يُوجَدْ مِن "الشّارحِ" تنبيهٌ على أنَّ الأَولى إسقاطُهُ، بل غايةُ ما ذَكَرَهُ أنَّ عبارةَ "الدُّرر" بلا ضميرٍ، وهذا غيرُ دالٍّ عليه، وعلى تقديرِ دِلالتِهِ عليه وأنَّ الأَولى إسقاطُ الضَّميرِ تكونُ الكفالةُ حينئذٍ غيرَ صحيحةٍ؛ لعَدَمِ بيانِ المكفُولِ عنه.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٤.

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٤، وما فيها موافق لنسخة ابن عابدين رحمه الله.

وفي "الهداية"(١): ((وهذا ماضٍ أُريدَ به المستقبَلُ كقولِهِ: أطالَ اللهُ بقاءَكَ)) (فغابَ الأصيلُ، فبَرهَنَ المُدَّعي على الكفيلِ أنَّ له على الأصيلِ كذا لم يُقبَلْ) بُرهانُهُ حتّى يَحضُرَ الغائبُ فيُقضَى عليه فيلزَمَهُ تَبَعاً للأصيلِ. ....

كبقيَّةِ الضَّمائرِ المذكورةِ، ولا حاجةَ إلى تقديرِهِ ولا إلى التَّصريحِ به؛ لأنَّ ((لَزِمَ)) بمعنى ثبَتَ، فهو قاصرٌ في المعنى لا يحتاجُ إلى مفعولٍ، والمعنى: بما ثبَتَ له عليه، فلمّا كان الأَولى إسقاطَهُ نبَّهَ "الشّارحُ" عليه، فافهمْ.

[٢٥٦٩٨] (قولُهُ: أُريدَ به المستقبَلُ) لأنَّه معلَّقٌ عليه، فإنَّ المعنى: إنْ وجَبَ لك عليه شيءٌ في المستقبَلِ فأنا كفيلٌ به، حتّى لو كان له عليه مالٌ ثابتٌ قبلَ الكفالةِ لم يكنْ مكفُولاً به كما يُعلَمُ مِمّا يأتي(٢).

[٢٥٦٩٩] (قولُهُ: لم يُقبَلْ بُرهانُهُ) لأنَّه إنَّما كفَلَ عنه بمالٍ مَقضِيٍّ بعدَ الكفالةِ؛ لأنَّه جعَلَ الذَّوْبَ شرطاً، والشَّرطُ لا بدَّ مِن كونِهِ مُستقبَلاً على خطَرِ الوُجودِ، فما لم يُوجَدِ الذَّوْبُ بعدَ الكفالةِ لا يكونُ كفيلاً، والبيِّنةُ لم تشهَدْ بقضاءِ دَيْنٍ وجَبَ بعدَ الكفالةِ، فلم تَقُمْ على مَنِ اتَّصَفَ بكونِهِ كفيلاً عن الغائبِ، بل على أجنبيٍّ، وهذا في لفظِ القضاءِ ظاهرٌ، وكذا في ((ذابَ))؛ لأنَّ معناهُ: تقرَّرَ ووجَبَ، وهو بالقضاءِ بعدَ الكفالةِ، حتّى لو ادَّعَى: أنِّي قدَّمتُ الغائبَ إلى قاضي كذا، وأقمتُ عليه بيِّنةً بكذا بعدَ الكفالةِ وقضَى لي عليه بذلك، وأقامَ البيِّنةَ على ذلك صار كفيلاً وصحَّت الدَّعوى وقَضَى على الكفيلِ بالمالِ؛ لصيرُورتِهِ خصماً عن [٣/ق١٨١/أ] الغائبِ، سواءٌ كانتِ الكفالةُ بأمرِهِ أوْ لا، إلاّ أنَّه إذا كانت بغيرِ أمرِهِ يكونُ القضاءُ على الكفيلِ خاصَّةً، كذا في "الفتح"(٣).

---

(١) في "ط": ((الهدية))، وهو خطأ، وانظر "الهداية": كتاب الكفالة ٩٤/٣، وعبارتها: ((المستأنف)) بدل ((المستقبل)).

(٢) المقولة [٢٥٧١٩] قوله: ((لأنَّ المُقرَّ له يُنكِرُ الأجلَ)).

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٤/٦ ـ ٣٢٥.

....

وقولُهُ: ((حتّى لو ادَّعَى إلخ)) هو معنى ما في "الفصول العماديَّة": ((ادَّعَى على رجلٍ أنَّه كفَلَ عن فُلان بما يذوبُ له عليه، فأقرَّ المُدَّعَى عليه بالكفالةِ وأنكرَ الحَقَّ، وأقامَ المُدَّعي بيِّنةً أنّه ذابَ له على فُلانٍ كذا، فإنَّه يقضي به في حَقِّ الكفيلِ الحاضرِ وفي حَقِّ الغائبِ جميعاً، حتّى لو حضَرَ الغائبُ وأنكَرَ لا يلتفتُ إلى إنكارِهِ)) اهـ. فإنَّ قولَهُ: ((وأقامَ المُدَّعي بيِّنةً أنّه ذابَ له على فُلان كذا))، معناهُ أنَّه وجَبَ له عليه بالقضاءِ بعدَ الكفالةِ، أي: أنَّ القاضيَ قضَى له عليه بذلك، فحيثُ بَرهَنَ على أنَّ الأصيلَ الغائبَ محكومٌ عليه بذلك ثبَتَ شرطُ الكفالةِ فصار الكفيلُ خصماً، فيثبُتُ عليه المالُ قَصْداً وعلى الغائبِ ضِمْناً، بخلافِ ما في "المتنِ"، فإنَّ المُدَّعي بَرهَنَ على أنَّ له على الأصيلِ كذا، لا على أنّه كان حُكِمَ له على الأصيلِ بكذا، فلو قُبِلَت هذه البيِّنةُ يكونُ قضاءً على الغائبِ قَصْداً؛ لأنَّ الكفيلَ لم يَصِرْ خصماً؛ لأنَّه لم يثبُتْ شرطُ كفالتِهِ، فالفرقُ بينَ المسألتين جليٌّ واضحٌ وإنْ خَفِيَ على صاحب "النَّهر"[(١)] وغيرِهِ، والعَجَبُ مِن قولِ "البحر"[(٢)]: ((إنَّ جَزْمَهم هنا بعَدَمِ القَبُولِ ينبغي أنْ يكونَ على الرِّوايةِ الضَّعيفةِ، أمّا على أظهَرِ الرِّوايتينِ المُفتَى به مِن نفاذِ القضاءِ على الغائبِ فينبغي النَّفاذُ)) اهـ. فإنَّ المُفتَى به نَفاذُ القضاءِ على الغائبِ مِن حاكمٍ يراهُ كشافعيٍّ، حتّى لو رُفِعَ حُكمُهُ إلى الحنفيِّ نفَّذَهُ، كما حرَّرَهُ صاحبُ "البحر"[(٣)] نفسُهُ في كتابِ القضاءِ، وكلامُهم هنا في الحاكمِ الحنفيِّ، فإنَّ حُكمَهُ لا ينفُذُ لِما عَلِمتَهُ مِن عَدَمِ الخصمِ.

(قولُهُ: وقولُهُ: حتّى لو ادَّعى إلخ هو معنى ما في "الفصول العماديَّة": ادَّعَى على رجلٍ إلخ) إلاّ أنَّه لا بدَّ مِن حَمْلِ ما في "الفصول" على ما إذا كانتِ الكفالةُ بالأمرِ حتّى يتأتّى القولُ بأنَّ القضاءَ على الغائبِ أيضاً. ثُمَّ رأيتُ في "الفتح" ما يُفيدُهُ، حيث قال: ((لو ادَّعَى أنّي قدَّمتُ الغائبَ إلى قاضي كذا، وأقمتُ عليه البيِّنةَ بكذا بعدَ الكفالةِ، وقَضَى عليه لي بذلك، وأقامَ بيِّنةً على ذلك صار كفيلاً وصحَّتِ الدَّعوى وقَضَى على الكفيلِ بالمالِ سواءٌ كانت بأمرِهِ أو بغيرِ أمرِهِ، إلاّ أنَّه إذا كانت بغيرِهِ كان القضاءُ على الكفيلِ خاصَّةً)).

---

(١) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢١/ب.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصلٌ: قوله: ولو أعطى إلخ ٦/٢٥٧.

(٣) "البحر": باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٧.

(وإن بَرهَنَ أنَّ له على زيدٍ الغائبِ كذا) مِن المالِ (وهو) أي: الحاضرُ (كفيلٌ قَضَى) بالمالِ (على الكفيلِ) فقط، (ولو زادَ: بأمرِهِ قَضَى عليهما) فللكفيلِ الرُّجوعُ؛ لأنَّ المكفُولَ به هنا مالٌ مُطلقٌ فأمكَنَ إثباتُهُ، بخلافِ ما تقدَّمَ،.......................

[٢٥٧٠٠] (قولُهُ: وإنْ بَرهَنَ إلخ) هذه مسألةٌ مبتدأةٌ غيرُ داخلةٍ تحتَ قولِهِ: ((كفَلَ بما ذابَ إلخ)) كما نبَّهَ عليه "صدرُ الشَّريعة"[١] و"ابنُ الكمالِ" وغيرُهما؛ لأنَّ الكفالةَ هنا بمالٍ مُطلقٍ كما يأتي[٢].

[٢٥٧٠١] (قولُهُ: وهو كفيلٌ) أي: بذلك المالِ.

[٢٥٧٠٢] (قولُهُ: فللكفيلِ الرُّجوعُ) أي: فإذا قُضِيَ عليهما ـ أي: على الكفيلِ الحاضرِ وعلى الأصيلِ الغائبِ ـ ثبَتَ للكفيلِ بالأمرِ الرُّجوعُ على الغائبِ بلا إعادةِ بيِّنةٍ عليه إذا حضَرَ؛ لأنَّه صار مَقضيّاً عليه ضِمْناً.

[٢٥٧٠٣] (قولُهُ: لأنَّ المكفُولَ به هنا) أي: في قولِهِ: ((وإنْ بَرهَنَ إلخ)). ((مالٌ مُطلقٌ)) أي: غيرُ مُقيَّدٍ بكونِهِ ثابتاً بعدَ الكفالةِ، بخلافِ ما تقدَّمَ[٣] في قولِهِ: ((كفَلَ بما ذابَ إلخ))؛ لأنَّ الكفالةَ فيه بمالٍ موصوفٍ بكونِهِ مَقضيّاً به بعدَ الكفالةِ، فما لم تثبُتْ تلك الصِّفةُ لا يكونُ كفيلاً، فلا يكونُ خصماً كما في "شرح الجامع"[٤] لـ"قاضي خان"، وهذا تعليلٌ لأصلِ القضاءِ على الكفيلِ، وأمَّا كونُ القضاءِ يتعدَّى إلى الأصيلِ لو الكفالةُ بأمرِهِ ولا يتعدَّى لو بدونِ أمرٍ[٥] فوجهُهُ كما في "النَّهر"[٦]: ((أنَّ الكفالةَ بلا أمرٍ إنَّما تُفيدُ قيامَ الدَّينِ في زعمِ الكفيلِ فلا يتعدَّى زعمُهُ إلى غيرِهِ، أمّا بالأمرِ الثّابتِ فيتضمَّنُ إقرارَ المطلوبِ بالمالِ؛ إذ لا يأمُرُ غيرَهُ بقضاءِ ما عليه إلاّ وهو مُعترفٌ به،

---

(١) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة ـ فصل: أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي إلخ ٢/٥٦ (هامش "كشف الحقائق").

(٢) في هذه الصحيفة "در".

(٣) صـ١٦٤ـ "در".

(٤) "شرح الجامع الصغير": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالمال ٢/ق٥٨/ب.

(٥) في "م": ((أمره)).

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/أ.

وهذه حيلةُ إثباتِ الدَّينِ على الغائبِ. ولو خافَ الطّالبُ موتَ الشّاهدِ يَتواضَعُ مع رجلٍ ويدَّعي عليه مثلَ هذه الكفالةِ، فيُقِرُّ الرَّجلُ بالكفالةِ ويُنكِرُ الدَّينَ، فيُبرهِنُ المُدَّعي على الدَّينِ فيُقضَى به على الكفيلِ والأصيلِ، ثم يبرأُ الكفيلُ فيبقى المالُ على الغائبِ،

فلذا صار مَقضيّاً عليه))، ثمَّ قال في "النَّهر"[(١)]: ((وفي "الجامع الكبير"[(٢)] جعَلَ المسألةَ مربَّعةً؛ إذِ الكفالةُ إمّا مُطلقةٌ ككَفَلْتُ بما لَكَ على فُلانٍ، أو مقيَّدةٌ بألفِ درهمٍ، وكلٌّ إمّا بالأمرِ أو بدونِهِ، وقد عَلِمتَ أنَّ المقيَّدةَ إذا كانت بالأمرِ كان القضاءُ بها عليهما وإلاّ فعلى الكفيلِ فقط، وأمّا المطلقةُ فإنَّ القضاءَ بها عليهما، سواءٌ كانت بالأمرِ أوْ لا؛ لأنَّ الطّالبَ لا يَتوصَّلُ لإثباتِ حَقِّهِ على الكفيلِ إلاّ بعدَ إثباتِهِ على الأصيلِ؛ وهذا لأنَّ المذهبَ أنَّ القضاءَ على الغائبِ لا يَجُوزُ)) اهـ. وتمامُهُ في "الفتح"[(٣)].

[٢٥٧٠٤] (قولُهُ: وهذه حيلةُ إلخ) ذكَرَ في "البحر"[(٤)] الأوجُهَ الأربعةَ المذكورةَ آنفاً[(٥)] عن "الجامع"، ثمَّ ذكَرَ[(٦)]: ((أنَّ المطلقةَ هي الحيلةُ في القضاءِ على الغائبِ، وأنَّ المقيَّدةَ لا تصلُحُ للحيلةِ؛ لأنَّ شرطَ التَّعدي على الغائبِ كونُها بأمرِهِ)) [٣/ق١٨١/ب] اهـ.

(قولُهُ: ثمَّ ذكَرَ أنَّ المطلقةَ هي الحيلةُ في القضاءِ على الغائبِ، وأنَّ المقيَّدةَ لا تصلُحُ إلخ) قال في "حاشية البحر": ((في الحَصْرِ نظرٌ، بل المقيدةُ بمقدارٍ بالأمرِ كذلك كما عَلِمتَ. نَعَمْ يظهَرُ التَّخصيصُ بالمطلقةِ إذا لم يكنْ له شُهودٌ على كونِ الكفالةِ بالأمرِ، أمّا إذا كان له شُهودٌ عليها وأثبَتَ ذلك على الكفيلِ يثبُتُ على الأصيلِ ولو كانت مُقيَّدةً، وكأنَّه خَصَّ المطلقةَ لأنَّ الكلامَ في حيلةِ الإثباتِ على الغائبِ بالمواضعةِ[(٧)]، وذلك حيثُ لا بيِّنةَ)) اهـ.

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/أ.

(٢) "الجامع الكبير": كتاب الضمان ـ باب الرجل يقول للرجل: ما بايعت فلاناً إلخ صـ١٩٨ـ.

(٣) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٢٧.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصلٌ: قوله: ولو أعطى إلخ ٦/٢٥٨.

(٥) أي: في المقولة السابقة.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصلٌ: قوله: ولو أعطى إلخ ٦/٢٥٨.

(٧) في حاشية "منحة الخالق على البحر الرائق": ((بالموافقة)).

....

قلتُ: وطريقُ جَعْلِها حيلةً هو[١] المواضعةُ الآتيةُ[٢] بشرطِ أنْ يكونَ له بيِّنةٌ على الدَّينِ الذي له على الغائبِ، وهذا ظاهرٌ في المطلقةِ عن التَّقييدِ بمقدارٍ مِن المالِ، سواءٌ كانت الكفالةُ بالأمرِ أوْ لا، فيتعدَّى فيها الحُكمُ إلى الغائبِ؛ لأنَّ الكفيلَ إذا أقرَّ بالكفالةِ وأنكرَ الدَّينَ على الأصيلِ، فبَرهَنَ المُدَّعي على الدَّينِ وقَدْرِهِ لإلزامِ الكفيلِ به لا يمكنُ إثباتُهُ إلاّ بعدَ إثباتِهِ على الأصيلِ، فيثبُتُ عليهما؛ لأنَّ المذهبَ عندَنا كما في "الفتحِ"[٣]: ((أنَّ القضاءَ على الغائبِ لا يَجُوزُ إلاّ إذا ادَّعَى على الحاضرِ حَقّاً لا يتوصَّلُ إليه إلاّ بإثباتِهِ على الغائبِ))، فإذا ثَبَتَ عليهما ثُمَّ أَبرأَ المُدَّعي الكفيلَ يبقى المالُ ثابتاً على الغائبِ، وأمّا الكفالةُ المقيَّدةُ بألفٍ مثلاً فلا يتعدَّى الحُكمُ فيها إلى الغائبِ إلاّ إذا كانت بأمرِهِ كما مرَّ[٤] تقريرُهُ، وإنَّما لم تصلُحْ للحيلةِ مع تعدِّي الحُكمِ فيها لأنَّه يحتاجُ إلى إثباتِ كونِ الكفالةِ بالأمرِ، وليس له بيِّنةٌ على ذلك، ولا تَجُوزُ الحيلةُ بإقامةِ شُهودِ الزُّورِ، وإقرارُ الكفيلِ بالدَّينِ يقتصِرُ عليه ولا يتعدَّى إلى الغائبِ فضلاً عن إقرارِهِ بكونِ الكفالةِ بأمرِ الغائبِ. وبهذا التَّقريرِ يظهَرُ لك أنَّ الإشارةَ في قولِ "الشّارحِ": ((وهذه)) لا مَرجِعَ لها؛ لأنَّ المذكورَ في كلامِهِ الكفالةُ المقيَّدةُ، وهي بقِسمَيها لا تصلُحُ للحيلةِ، فافهمْ.

٤/٢٨٠

(قولُهُ: وبهذا التَّقريرِ يظهَرُ لك أنَّ الإشارةَ في قولِ "الشّارحِ": وهذه لا مَرجِعَ لها إلخ) لا شكَّ أنَّه في المقيَّدةِ المذكورةِ في كلامِ "المصنِّف" قد بَرهَنَ على الأمرِ أيضاً، وبذلك تعدَّى الإثباتُ على الغائبِ فصحَّ جَعْلُهُ حيلةً، لكنْ إنْ كان الإثباتُ للأمرِ ببيِّنةٍ صادقةٍ يكونُ المُدَّعي وشُهودُهُ غيرَ آثمينَ، وإلاّ أَثِمُوا ونفَذَ القضاءُ؛ لابتنائهِ على الشَّهادةِ، و"البحرُ" إنَّما نفَى كونَ ذلك حيلةً لعَدَمِ وُجودِ بيِّنةٍ له على ذلك، فلو كان له بيِّنةٌ صلَحَ أنْ يكونَ حيلةً.

---

(١) في "الأصل": ((هي)).

(٢) صـ١٦٨ـ وما بعدها "در".

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٢٧.

(٤) في هذه المقولة.

وكذا الحوالةُ، وتمامُهُ في "الفتح" و"البحر"(١). (كفالتُهُ بالدَّرَكِ ....

[٢٥٧٠٥] (قولُهُ: وكذا الحوالةُ) عبارةُ "الفتح"(٢): ((وكذا الحوالةُ على هذه الوُجوهِ)) اهـ. أي: أنَّها تكونُ مُطلقةً ومُقيَّدةً، وكلٌّ مِنهما بالأمرِ وبدونِهِ فهي مُربَّعةٌ أيضاً، وبيانُهُ ما في "شرح المقدِسيِّ"(٣) عن "التَّحرير" "شرح الجامع الكبير"(٤): ((وكذا لو شَهِدُوا على الحوالةِ المطلقةِ يكونُ قضاءً على الحاضرِ والغائبِ ادَّعَى الأمرَ أو لم يدَّعِ، فإنْ شَهِدُوا بالحوالةِ المقيَّدةِ إن ادَّعَى الأمرَ يكونُ قضاءً على الحاضرِ والغائبِ فيرجِعُ، وإنْ لم يدَّعِ الأمرَ يكونُ قضاءً على الحاضرِ خاصَّةً ولا يرجِعُ))، وتمامُهُ فيه. وبه ظهَرَ أنَّ الإشارةَ بقولِهِ: ((وكذا الحوالةُ)) راجعةٌ إلى أصلِ المسألةِ لا إلى بيانِ جَعْلِها حيلةً؛ لأنَّ شرطَ صحَّةِ الحوالةِ كونُ المالِ معلوماً كما سيأتي(٥)، فلو قال له: إنَّ فُلاناً أحالَني عليك بألفِ درهمٍ فأقرَّ له بالحوالةِ بها كان مُقِرّاً بالمالِ فيلزَمُهُ، ولا يمكنُ المُدَّعي إثباتُهُ على الغائبِ بالبيِّنةِ، وهذه حوالةٌ مُطلقةٌ؛ لأنَّها لم تُقيَّدْ بنوعٍ مخصوصٍ كما سيأتي(٦) بيانُها في بابِها إنْ شاءَ اللهُ تعالى، هذا ما ظهَرَ لي.

[٢٥٧٠٦] (قولُهُ: كفالتُهُ بالدَّرَكِ) هو ضمانُ الثَّمنِ عندَ استحقاقِ المبيعِ كما مرَّ، "نهر"(٧).

(قولُهُ: وبه ظهَرَ أنَّ الإشارةَ بقولِهِ: ((وكذا الحوالةُ)) راجعةٌ إلى أصلِ المسألةِ إلخ) لا شكَّ أنَّ مرادَ "الشَّارحِ" الإشارةُ إلى بيانِ جَعْلِ الحوالةِ حيلةً لإثباتِ الدَّينِ على الغائبِ، ولا شكَّ في تأتِّيها في صورةِ الحوالةِ المطلقةِ والمقيَّدةِ، وما يأتي مِن أنَّ شرطَ صحَّتِها كونُ المالِ معلوماً استنبَطَهُ في "البحر" مِن قولِ "البزّازيَّة": ((لا تَصِحُّ الحوالةُ بما يذوبُ له على فُلانٍ))، فعَدَمُ الصِّحَّةِ قاصرٌ على مثلِ هذا، لا في مثلِ قولِهِ: أَحلتُكَ بمالي على فُلانٍ، فإنَّ الظّاهرَ صحَّةُ الحوالةِ، فإنَّه لم يُوجَدْ في كلامِهِم ما يدُلُّ على عَدَمِ صحَّةِ الحوالةِ فيه. نَعَمْ لو أقرَّ المحالُ عليه بالحوالةِ في المقيَّدةِ لا يتأتَّى إثباتُهُ على الغائبِ، تأمَّلْ.

---

(١) انظر "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٨/٦.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٨/٦.

(٣) المسمى "أوضح رمز على نظم الكنز"، وتقدمت ترجمته ٣٢١/١.

(٤) هو الشرح المطوّل للبخاري الحَصِيريّ (ت٦٣٦هـ) على "الجامع الكبير" للإمام محمد، وتقدمت ترجمته ٥٧٧/٨.

(٥) المقولة [٢٥٨٤٣] قوله: ((المعلوم)).

(٦) المقولة [٢٥٨٩١] قوله: ((بخلافِ الحوالةِ المطلَقةِ)).

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/أ.

تسليمٌ) مِنه (لمبيعٍ) كـ: شُفعةٍ فلا دعوى له، (كـ: كَتْبِ شهادتِهِ في صَكٍّ كُتِبَ فيه: باعَ مِلكَهُ، أو: باعَ بَيْعاً نافذاً باتّاً) فإنّه تسليمٌ أيضاً، كما لو شَهِدَ بالبَيعِ عندَ الحاكمِ قضَى بها أوْ لا. (لا) يكونُ تسليماً (كَتْبُ شهادتِهِ في صَكِّ بَيْعٍ[١] مُطلقٍ) عمّا ذُكِرَ، (أو كَتْبُ شهادتِهِ على إقرارِ العاقدَين)؛ ....

[٢٥٧٠٧] (قولُهُ: تسليمٌ لمبيعٍ) أي: تصديقٌ مِنه بأنَّ المبيعَ مِلكٌ للبائعِ؛ لأنّها إنْ كانت مشروطةً في البَيعِ[٢] فتمامُهُ بقَبُولِ الكفيلِ، فكأنّه هو الموجِبُ له، وإنْ لم تكنْ مشروطةً فالمرادُ بها إحكامُ البَيعِ وترغيبُ المشتري فيَنزِلُ مَنزلةَ الإقرارِ بالمِلكِ، فكأنّه قال: اشتَرِها فإنّها مِلكُ البائعِ، فإن استُحِقَّتْ فأنا ضامنٌ ثَمنَها، "نهر"[٣].

[٢٥٧٠٨] (قولُهُ: كـ: شُفعةٍ) أي: لو كان الكفيلُ شفيعَها فلا شُفعةَ له، "بحر"[٤]؛ لرِضاهُ بشراءِ المشتري.

[٢٥٧٠٩] (قولُهُ: فلا دعوى له) أي: فلا تُسمَعُ دعواهُ بالمِلكِ فيها، وبالشُّفعةِ، وبالإجارةِ، "بحر"[٤].

[٢٥٧١٠] (قولُهُ: كُتِبَ فيه) بالبناءِ للمجهولِ. وقولُهُ: ((باعَ مِلكَهُ إلخ)) جملةٌ قُصِدَ بها لفظُها، نائبُ الفاعلِ، وجملةُ ((كُتِبَ إلخ)) صفةٌ لـ ((صَكٌّ)).

[٢٥٧١١] (قولُهُ: كما لو شَهِدَ بالبَيعِ إلخ) لأنَّ الشَّهادةَ به على إنسانٍ إقرارٌ مِنه بنفاذِ البَيعِ باتِّفاقِ الرِّواياتِ، "نهر"[٥] عن "الزَّيلعيِّ"[٦].

[٢٥٧١٢] (قولُهُ: مُطلقٍ عمّا ذُكِرَ) أي: عن قيدِ المِلكيَّةِ وكونِهِ نافذاً باتّاً، فتُسمَعُ دعواهُ المِلكَ

---

(١) في "د" و"و": ((ببيع)) بتكرار الباء.

(٢) في "الأصل": ((في المبيع)).

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/أ باختصار.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٦/٢٥٩.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/أ.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ـ فصلٌ: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ٤/١٦٥.

لأنَّه مجرَّدُ إخبارٍ، فلا تَناقُضَ، ....

بعدَهُ؛ إذ ليس فيه ما يدُلُّ على إقرارِهِ بالمِلكِ للبائعِ؛ لأنَّ البَيعَ قد يصدُرُ مِن غيرِ المالكِ، ولعلَّهُ كتَبَ شهادتَهُ ليحفَظَ الواقعةَ، بخلافِ ما تقدَّمَ، فإنَّه مُقيَّدٌ بما ذُكِرَ، "درر"(١). أي: ليسعَى بعدَ ذلك في تثبيتِ البيِّنةِ، "فتح"(٢).

[٢٥٧١٣] (قولُهُ: لأنَّه مجرَّدُ إخبارٍ) ولو أخبرَ بأنَّ فُلاناً باعَ شيئاً كان له أنْ [٣/ق١٨٢/أ] يدَّعيَهُ، "درر"(٣). وقولُهم هنا: إنَّ الشَّهادةَ لا تكونُ إقراراً بالمِلكِ يدُلُّ بالأَولى على أنَّ السُّكوتَ زماناً لا يَمنَعُ الدَّعوى، "بحر"(٤). وفي حاشيةِ السَّيِّدِ "أبي السُّعود"(٥): ((لكنْ نقَلَ شيخُنا عن "فتاوى الشَّيخ الشِّلْبي"(٦) أنَّ حُضورَهُ مجلسَ البَيعِ وسُكوتَهُ بلا عُذرٍ مانعٌ له مِن الدَّعوى بعدَ ذلك حَسْماً لبابِ التَّزويرِ)) اهـ.

قلتُ: سيأتي(٧) آخِرَ الكتابِ قبيلَ الوصايا إنْ شاءَ اللهُ تعالى أنَّ ذلك في القريبِ والزَّوجةِ، وكذا في الجارِ إذا سكَتَ بعدَ ذلك زماناً، وفي دعوى "الخيريَّة"(٨): ((أنَّ علماءَنا نَصُّوا في مُتونِهم وشُروحِهم وفتاويهم أنَّ تصرُّفَ المشتري في المبيعِ مع اطِّلاعِ الخصمِ ولو كان أجنبيّاً بنحوِ البناءِ، أو الغِراسِ، أو الزَّرعِ، يَمنَعُهُ مِن سماعِ الدَّعوى)).

(قولُهُ: لكنْ نقَلَ شيخُنا عن "فتاوى الشَّيخ الشِّلْبي" أنَّ حُضورَهُ مجلسَ البَيعِ وسُكوتَهُ بلا عُذرٍ مانعٌ له مِن الدَّعوى إلخ) فعلى هذا يُقيِّدُ كلامُ "المصنِّف" و"البحر" بالأجنبيِّ فقط، وإذا كان قريباً أو زوجةً يكونُ مجرَّدُ حُضورِهِ مانعاً مِن دعواهُ، فكتابتُهُ بالأَولى، تأمَّلْ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٥ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٢٨.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٥.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٦/٢٥٩.

(٥) "فتح المعين": كتاب الكفالة ٣/١٦.

(٦) تقدمت ترجمته ١/٤٦٨.

(٧) لم نعثر على المسألة قبيل كتاب الوصايا وصوابه قبيل كتاب الفرائض ـ مسائل شتَّى. انظر المقولة [٣٦٩٨١] قوله: ((باعَ عقاراً إلخ)) وما بعدها.

(٨) "الفتاوى الخيرية": كتاب الدعوى ٢/٤٨.

ولم يذكرِ الخَتْمَ لأنَّه وقَعَ اتِّفاقاً باعتبارِ عادتِهم. (قال) الكفيلُ: (ضَمِنتُهُ لكَ إلى شهرٍ، وقال الطّالبُ:) هو (حالٌّ فالقولُ للضّامنِ)؛ لأنّه يُنكِرُ المطالبةَ، (وعكسُهُ) أي: الحُكمِ المذكورِ (في) قولِهِ: (لكَ عليَّ مائةٌ إلى شهرٍ) مثلاً (إذا قال الآخَرُ) وهو المُقَرُّ له: (حالّةٌ)؛ لأنَّ المُقَرَّ له يُنكِرُ الأجلَ. ....

[٢٥٧١٤] (قولُهُ: ولم يذكرِ الخَتْمَ إلخ) أي: كما قال في "الكنز"[(١)]: ((وشهادتُهُ وخَتْمُهُ))، قال في "الفتح"[(٢)]: ((الخَتْمُ أمرٌ كان في زمانِهم إذا كَتَبَ اسمَهُ في الصَّكِّ جعَلَ اسمَهُ تحتَ رَصاصٍ مكتوباً ووضَعَ نقشَ خاتَمِهِ كيلا يطرُقَهُ التَّبديلُ، وليس هذا في زمانِنا)) اهـ. فالحُكمُ لا يتفاوتُ بينَ أنْ يكونَ فيه خَتْمٌ أوْ لا، كذا في "العناية"[(٣)]. قال في "النَّهر"[(٤)]: ((ولم أرَ ما لو تعارَفُوا رسمَ الشَّهادةِ بالخَتْمِ فقط، والذي يَجبُ أنْ يُعوَّلَ عليه اعتبارُ المكتوبِ في الصَّكِّ، فإنْ كان فيه ما يُفيدُ الاعترافَ بالمِلكِ ثمَّ خُتِمَ كان اعترافاً به وإلاّ لا)) اهـ.

[٢٥٧١٥] (قولُهُ: إلى شهرٍ) أي: بعدَ شهرٍ، فلا مُطالبةَ لكَ عليَّ الآنَ.

[٢٥٧١٦] (قولُهُ: هو) أي: الضَّمانُ.

[٢٥٧١٧] (قولُهُ: فالقولُ للضّامنِ) أي: مع يَمينِهِ في ظاهرِ الرِّوايةِ، "ط"[(٥)] عن "الشِّلْبيّ"[(٦)]. واحترَزَ به عمّا رُوِيَ عن "الثّاني" أنَّ القولَ للمُقَرِّ له.

[٢٥٧١٨] (قولُهُ: لأنّه يُنكِرُ المطالبةَ) أي: في الحالِّ.

[٢٥٧١٩] (قولُهُ: لأنَّ المُقَرَّ له يُنكِرُ الأجلَ) فإنَّ المُقِرَّ بالدَّينِ أقرَّ بما هو سببُ المطالبةِ في الحالِ؛ إذِ الظّاهرُ أنَّ الدَّينَ كذلك؛ لأنّه إنَّما يثبُتُ بدَلاً عن قَرْضٍ، أو إتلافٍ، أو بَيْعٍ ونحوِهِ. ٤/٢٨١

---

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ـ فصل في مسائل متفرقة من جنس هذا الباب ٧٧/٢.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٨/٦ ـ ٣٢٩.

(٣) "العناية": كتاب الكفالة ٣٢٨/٦ (هامش "فتح القدير").

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/ب.

(٥) "ط": كتاب الكفالة ١٦١/٣.

(٦) "حاشية الشِّلْبي" على "التبيين": كتاب الكفالة ـ فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٦/٤، نقلاً عن الكمال (هامش "تبيين الحقائق").

والحيلةُ لِمَن عليه دَيْنٌ مُؤجَّلٌ وخافَ الكَذِبَ أو حُلولَهُ بإقرارِهِ أنْ يقولَ: أهو حالٌّ أو مُؤجَّلٌ؟ فإنْ قال: حالٌّ أنكَرَهُ ولاحرَجَ عليه، "زيلعي"[١]. (ولا يُؤخَذُ[٢] ضامنُ الدَّرَكِ

والظّاهرُ أنَّ العاقلَ لا يرضَى بخروجِ مُستحقِّهِ في الحالِ إلاّ لبدَلٍ في الحالِ، فكانَ الحُلولُ الأصلَ، والأجلُ عارضٌ، فكان الدَّينُ المؤجَّلُ معروضاً لعارضٍ لا نوعاً، ثمَّ ادَّعَى لنفسِهِ حَقّاً وهو تأخيرُها والآخَرُ يُنكِرُهُ، وفي الكفالةِ ما أقرَّ بالدَّينِ على ما هو الأصحُّ، بل بحَقِّ المطالبةِ بعدَ شهرٍ والمكفُولُ له يدَّعيها في الحالِ والكفيلُ يُنكِرُ ذلك فالقولُ له؛ وهذا لأنَّ التزامَ المطالبةِ يتنوَّعُ إلى التزامِها في الحالِ أو في المستقبَلِ كالكفالةِ بما ذابَ أو بالدَّرَكِ، فإنَّما أقرَّ بنوعٍ مِنها فلا يُلزَمُ بالنَّوعِ الآخَرِ. اهـ "فتح"[٣].

[٢٥٧٢٠] (قولُهُ: وخافَ الكَذِبَ) أي: إنْ أنكَرَ الدَّينَ.

[٢٥٧٢١] (قولُهُ: أو حُلولَهُ) أي: دعوى المُقَرِّ له أنَّه حالٌّ بسببِ إقرارِ المُقِرِّ بالدَّينِ.

[٢٥٧٢٢] (قولُهُ: أنْ يقولَ إلخ) أي: المُدَّعَى عليه للمُدَّعِي، وقيل: إذا قال: ليس لك عليَّ حَقٌّ فلا بأسَ به إذا لم يُرِدْ إتواءَ حَقِّهِ، "زيلعي"[٤]. ولم يذكُر أمرَ حَلِفِهِ لو استُحلِفَ، والظّاهرُ أنَّ له ذلك؛ إذ مجرَّدُ إنكارِهِ مِمّا لا أثَرَ له، "نهر"[٥]، أي: أنَّ قولَهُ: لا بأسَ به ـ أي: بإنكارِهِ المذكورِ ـ لا أثَرَ له؛ لأنَّ الخصمَ يطلُبُ تحليفَهُ ويُكذِّبُهُ في الإنكارِ، فالإذنُ له بالإنكارِ إذنٌ بالحَلِفِ، ولا يخفَى أنَّ ((ليس)) للنَّفيِ في الحالِ إلاّ لقرينةٍ على خلافِهِ، فإذا حلَفَ وقال: ليس لك عليَّ حَقٌّ ـ أي: في الحالِ ـ فهو صادقٌ، فافهمْ.

(قولُهُ: فإذا حلَفَ وقال: ليس لك عليَّ حَقٌّ ـ أي: في الحالِ ـ فهو صادقٌ) كيف يكونُ صادقاً مع أنَّ عليه حَقّاً وذمَّتُهُ مشغولةٌ به في الحالِ؟! ولذا لو حلَفَ أنَّه ليس عليه دَيْنٌ يحنَثُ وإنْ كان لا يُطالَبُ به الآنَ للتّأجيلِ، فلا بدَّ مِن توجيهِ اليمينِ بأنَّه لم يكنْ عليه دَيْنٌ يُطالَبُ به في الحالِ أو نحوِ ذلك.

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ـ فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٦/٤ بتصرف.

(٢) في "و": ((ولا يؤاخذ)).

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ـ فصل في الضمان ٣٣٤/٦ ـ ٣٣٥.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ـ فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٦/٤ بتصرف.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/ب.

إذا استُحِقَّ المبيعُ قبلَ القضاءِ على البائعِ بالثَّمنِ)؛ إذ بمجـرَّدِ الاستحقاقِ لا ينتَقِـضُ البَيـعُ على الظَّاهرِ كما مرَّ. (وصحَّ ضمانُ الخَراجِ) أي: الموظَّفِ في كلِّ سنةٍ، وهو مـا يَجِـبُ عليه في الذِّمَّةِ بقرينةِ قولِهِ: (والرَّهنُ به) إذِ الرَّهنُ بخَراجِ المُقاسمةِ باطلٌ، "نهر"[1]،........

[٢٥٧٢٣] (قولُهُ: إذا استُحِقَّ المبيعُ قبلَ القضاءِ على البائعِ) الظَّرفُ مُتعلِّقٌ بقولِهِ: ((ولا يُؤخَذُ))، وأرادَ بالاستحقاقِ النّاقلَ، أمّا المبطِلُ كدعوى النَّسبِ، ودعـوى الوقـفِ في الأرضِ المشتراةِ، أو أنَّها كانت مَسجِداً يرجعُ على الكفيلِ وإنْ لم يُقْضَ بالثَّمنِ على المكفُولِ عنـه، ولكـلٍّ الرُّجوعُ على بائعِهِ وإنْ لم يُرجَعْ عليه بخلافِ النّاقلِ، ومرَّ[2] تمامُ أحكامِهِ في بابِهِ.

قيَّدَ بالاستحقاقِ لأنَّـه لـو انفسَخَ بخِيارِ رؤيـةٍ، أو شـرطٍ، أو عَيْـبٍ لـم يُؤاخَذِ الكفيـلُ بـه وبالثَّمنِ؛ لأنَّه لـو بنَـى في الأرضِ لا يرجِـعُ على الكفيـلِ بقيمـةِ البنـاءِ، وكـذا لـو كـان المبيـعُ أمَـةً استولَدَها المشتري، وأخَذَ مِن المشتري مـع الثَّمـنِ قيمـةَ الولَـدِ والعُقْـرِ لـم يرجِـعْ علـى الكفيـلِ إلاّ بالثَّمنِ، كذا في "السِّراجِ"، "نهر"[3].

[٢٥٧٢٤] (قولُهُ: لا ينتَقِضُ البَيعُ) ولهذا لو أجازَ المستَحِقُّ [٣/ق١٨٢/ب] البَيعَ قبلَ الفَسْخِ جازَ ولو بعدَ قَبْضِهِ، وهو الصَّحيحُ، فما لم يُقْضَ بالثَّمنِ على البائعِ لا يَجِبُ رَدُّ الثَّمنِ على الأصيلِ، فلا يَجِبُ على الكفيلِ. وقولُهُ: ((كما مرَّ)) أي: في بابِ الاستحقاقِ، وانظُر ما كتبناه هناك[4].

[٢٥٧٢٥] (قولُهُ: أي: الموظَّفِ في كلِّ سنةٍ) لأنَّه دَيْنٌ له مُطالِبٌ مِن جهةِ العبادِ فصار كسـائرِ الدُّيونِ، وتمامُهُ في "الزَّيلعيِّ"[5]. وهذا التَّعليلُ اعتمَدُوهُ جميعاً فيدُلُّ على اختصاصِ الخَراجِ المضمونِ

(قولُهُ: وأخَذَ مِن المشتري مع الثَّمنِ قيمةَ الولَدِ إلخ) حَقُّهُ أنْ يقولَ: وأخَذَها مع قيمةِ الولَدِ والعُقْـرِ مِن المشتري لَمْ إلخ، على ما هو معلومٌ مِن بابِ الاستحقاقِ.

---

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/ب.

(٢) المقولة [٢٤٥٣٦] قوله: ((ما لم يُقْضَ على المكفُولِ عنه)).

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٣/أ باختصار.

(٤) المقولة [٢٤٥٣٦] قوله: ((ما لم يُقْضَ على المكفُولِ عنه)).

(٥) انظر "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ـ فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٥/٤.

على خلافِ ما أطلَقَهُ في "البحر"، وتجويزُ "الزَّيلعيِّ"[(١)] الرَّهنَ في كلِّ ما تَجُوزُ به الكفالةُ بجامعِ التَّوثُّقِ منقوضٌ بالدَّرَكِ؛ لجوازِ الكفالةِ به دونَ الرَّهنِ، (وكذا النَّوائبُ) ولو بغيرِ حَقٍّ كجباياتِ زمانِنا، فإنَّها في المطالبةِ كالدُّيونِ بل فوقَها،.................

بالموظَّفِ، أمَّا خَراجُ المُقاسمةِ فجزءٌ مِن الخارجِ، وهو عَيْنٌ غيرُ مضمونٍ، حتّى لو هلَكَ لا يُؤخَذُ بشيءٍ، والكفالةُ بأعيانٍ لا تَجُوزُ، "ط"[(٢)].

[٢٥٧٢٦] (قولُهُ: على خلافِ ما أطلَقَهُ في "البحر") فإنَّه قال[(٣)]: ((وأطلَقَهُ فشَمِلَ الخَراجَ المُوظَّفَ وخَراجَ المُقاسمةِ، وخصَّصَهُ بعضُهم بالمُوظَّفِ إلخ))، ووجهُ الاعتراضِ على "البحر" حيثُ حَمَلَ كلامَ "الكنز" على الإطلاقِ مع وُجودِ القرينةِ المذكورةِ على التَّقييدِ بالمُوظَّفِ فكان الأَولى التَّقييدَ، فافهمْ. وكذا التَّعليلُ المارُّ[(٤)] يدُلُّ عليه، ولذا قال في "الفتح"[(٥)]: ((وقد قُيِّدَتِ الكفالةُ بما إذا كان خَراجاً مُوَظَّفاً، لا خَراجَ مُقاسمةٍ، فإنَّه غيرُ واجبٍ في الذِّمَّةِ)).

[٢٥٧٢٧] (قولُهُ: منقوضٌ) النَّقْضُ لصاحبِ "البحر"[(٦)].

[٢٥٧٢٨] (قولُهُ: وكذا النَّوائبُ) جمعُ نائبةٍ، وفي "الصَّحاح"[(٧)]: ((النَّائبةُ: المصيبةُ، واحدةُ نوائبِ الدَّهرِ[(٨)])) اهـ. وفي اصطلاحِهم: ما يأتي[(٩)]، قال في "الفتح"[(١٠)]: ((قيل: أرادَ بها ما يكونُ بحَقٍّ كأُجرةِ الحُرّاسِ، وكَرْيِ النَّهرِ المشترَكِ، والمالِ المُوَظَّفِ لتجهيزِ الجيشِ وفداءِ الأسرى

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ـ فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٥/٤.

(٢) "ط": كتاب الكفالة ١٦٢/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٩/٦.

(٤) في المقولة السابقة.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ـ فصل في الضمان ٣٣٢/٦ باختصار.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٩/٦.

(٧) "الصحاح": مادة ((نوب)).

(٨) في "الأصل": ((النهر)) بدل ((الدهر))، وهو تحريف.

(٩) في هذه المقولة.

(١٠) "الفتح": كتاب الكفالة ـ فصل في الضمان ٣٣٢/٦ بتصرف.

حتّى لو أُخِذَتْ مِن الأَكّارِ فله الرُّجوعُ على مالِكِ الأرضِ، ....

ـ إذا لم يكنْ في بيتِ المالِ شيءٌ ـ وغيرِها[1] مِمّا هو بحَقٍّ فالكفالةُ به جائزةٌ بالاتّفاق؛ لأنّها واجبةٌ على كلِّ مسلمٍ مُوسِرٍ بإيجابِ طاعةِ وليِّ الأمرِ فيما فيه مصلحةُ المسلمينَ ولم يلزَمْ بيتَ المالِ، أو لَزِمَهُ ولا شيءَ فيه،

[مطلب: هل تصحُّ الكفالةُ بالجباياتِ الموظَّفةِ على الناس بغير حقٍّ؟]

وإنْ أُريدَ بها ما ليس بحَقٍّ كالجباياتِ الموظَّفةِ على النّاس في زمانِنا ببلادِ فارسَ على الخيّاطِ والصبّاغِ وغيرِهم للسُّلطانِ في كلِّ يومٍ أو شهرٍ فإنّها ظلمٌ، فاختلَفَ المشايخُ في صحّةِ الكفالةِ بها، فقيل: تَصِحُّ؛ إذِ العِبرةُ في صحّةِ الكفالةِ وُجودُ المطالبةِ إمّا بحَقٍّ أو باطلٍ، ولهذا قُلنا: إنَّ مَن تولّى قِسمتَها بينَ المسلمينَ فعَدَلَ فهو مأجورٌ، وينبغي أنَّ مَن قال: الكفالةُ ضَمٌّ في الدَّينِ يَمنَعُها هنا، ومَن قال في المطالبةِ يمكنُ أنْ يقولَ بصحّتِها أو بمَنعِها بناءً على أنّها في المطالبةِ بالدَّينِ أو مُطلقاً)) اهـ. أي: فإنْ قال: بالدَّينِ مَنَعَها، وإنْ قال: مُطلقاً ـ أي: بالدَّينِ وغيرِهِ ـ أجازَها[2].

[٢٥٧٢٩] (قولُهُ: حتّى لو أُخِذَتْ إلخ) تأييدٌ للقولِ بجوازِ الكفالةِ بها، فإنّها إذا أُخِذَتْ مِن الأَكّارِ وجازَ له الرُّجوعُ بها بلا كفالةٍ فمع الكفالةِ بالأَولى، لكنْ في "البزّازيّة"[3]: ((لا يرجعُ الأَكّارُ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وقال "الفقيه": يرجعُ، وإنْ أَخَذَ مِن الجارِ لا يرجعُ))، وزادَ في "جامع الفصولين"[4]: ((أنَّ أحدَ الشَّريكينِ لو أدّى الخَراجَ يكونُ مُتبرِّعاً))، نَعَمْ في آخرِ إجاراتِ "القنية"[5] برمزِ "ظهير الدِّين المرغينانيّ" وغيرِهِ: ((المستأجِرُ إذا أُخِذَ مِنه الجبايةُ الرّاتبةُ على الدُّورِ والحوانيتِ يرجعُ على الآجِرِ، وكذا الأَكّارُ في الأرضِ، وعليه الفتوى)) اهـ.

---

(١) في النسخ جميعها: ((وغيرهما))، وما أثبتناه من "الفتح" هو الأوفق بالسياق.

(٢) في "آ": ((أجازتها))، وهو تحريف.

(٣) "البزازية": كتاب الوكالة ـ الفصل الثالث فيها بقبض الدين ـ نوع في المأمور بدفع المال إلخ ٤٧٢/٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والثلاثون في الإحكامات ١٦٣/٢.

(٥) "القنية": كتاب الإجارات ـ باب مسائل متفرقة ق١٢٧/ب، نقلاً عن "ظهير الدين المرغيناني" ونجم الأئمة "الحكيمي".

وعليه الفتوى، "صدر الشَّريعة"[١]، وأقرَّه "المصنِّف"[٢] و"ابن الكمال"، ....

[٢٥٧٣٠] (قولُهُ: وعليه الفتوى) راجعٌ لقولِهِ: ((ولو بغيرِ حَقٍّ))، وكذا لمسألةِ الأكّـارِ كما عَلِمتَ. وفي "البحر"[٣]: ((وظاهرُ كلامِهم ترجيحُ الصِّحَّةِ ـ أي: في كفالةِ النَّوائبِ ـ بغيرِ حَقٍّ، ولذا قال في "إيضاح الإصلاح": والفتوى على الصِّحَّةِ، وفي "الخانيَّة"[٤]: الصَّحيحُ الصِّحَّةُ، ويرجِعُ على المكفُولِ عنه إنْ كان بأمرِهِ)) اهـ. وعليه مشَى في "الاختيار"[٥] و"المختار"[٥] و"الملتقى"[٦]. نَعَمْ صحَّحَ صاحبُ "الخانيَّة" في شرحِهِ على "الجامع الصَّغير"[٧] عَدَمَ الصِّحَّةِ، وكذلك أفتى في "الخيريَّة"[٨] بعَدَمِ الصِّحَّةِ مُستنِداً لِما في "البزّازيَّة"[٩] و"الخلاصة"[١٠]: ((مِن أنَّه قولُ عامَّةِ المشايخِ))، ولِما في "العماديَّة": ((مِن أنَّ الأسيرَ لو قال لغيرِهِ: خلِّصْني، فدفَعَ المأمورُ مالاً وخلَّصَهُ قال "السَّرَخسيُّ"[١١]: يرجِعُ، وقال صاحب "المحيط": لا، وهو الأصحُّ، وعليه الفتوى))، قال[١٢]: ((فهذا يدفَعُ ما في "الإصلاح" وما في "الخانيَّة"، والعِلَّةُ فيه أنَّ الظُّلمَ يَجِبُ إعدامُهُ ويَحرُمُ تقريرُهُ، وفي القولِ بصحَّتِهِ تقريرُهُ)) اهـ مُلخَّصاً. [٣/ق١٨٣/أ]

٤/٢٨٢

---

(١) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة ـ فصل: أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي إلخ ٥٧/٢ بتصرف (هامش "كشف الحقائق").

(٢) "المنح": كتاب الكفالة ٢/ق٥٠/ب.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٦٠/٦ ـ ٢٦١ باختصار.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٢/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الاختيار لتعليل المختار": كتاب الكفالة ١٧٢/٢.

(٦) "ملتقى الأبحر": كتاب الكفالة ـ فصل: ولو دفع الأصيل ٦٣/٢.

(٧) "شرح الجامع الصغير": كتاب الكفالة ـ باب الضمان ٢/ق٨٩/أ.

(٨) "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ٢٤٨/١.

(٩) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثاني في المعلقة ١٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) "الخلاصة": كتاب الكفالة ـ الفصل الثاني في الكفالة المعلقة ق٢٥٣/ب.

(١١) "شرح السير الكبير": باب قتل الأسارى والمنِّ عليهم ١٠٣٣/٣ ـ ١٠٣٤.

(١٢) أي: صاحب "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ٢٤٨/١.

وقَيَّدَهُ "شمسُ الأئمَّة"[1] بما إذا أمَرَهُ به طائعاً،..........................

قلتُ: غايةُ الأمرِ أنَّهما قولانِ مُصحَّحانِ، ومشَى على الصِّحَّةِ بعضُ المتونِ، وهو ظاهرُ إطلاقِ "الكنز"[2] وغيرِهِ لفظَ النَّوائبِ فكان أَرْجَحَ، وأمَّا مسألةُ الأسيرِ فليس فيها كفالةٌ ولا أمرٌ بالرُّجوعِ، على أنَّه في "الخانيَّة"[3] صحَّحَ أنَّه يرجعُ على الأسيرِ، وبه جزَمَ في "شرح السِّيَر الكبير" بلا حكايةِ خلافٍ كما قدَّمناهُ[4] في متفرِّقاتِ البُيوعِ، وأمَّا قولُهُ[5]: ((والعِلَّةُ فيه إلخ)) فهو مدفوعٌ بما رأيتُهُ في هامش نُسختِي "المنح" بخَطِّ بعضِ العلماءِ ـ وأظنُّهُ السَّيِّدَ "الحمَويَّ" ـ مِمَّا حاصلُهُ: ((أنَّ المرادَ مِن صحَّةِ الكفالةِ بالنَّوائبِ رُجوعُ الكفيلِ على الأصيلِ لو كانتِ الكفالةُ بالأمرِ، لا أنَّه يضمَنُ لطالِبِها الظَّالمِ؛ لأنَّ الظُّلمَ يَجِبُ إعدامُهُ ولا يَجُوزُ تقريرُهُ، فلا تغتَرَّ بظاهرِ الكلامِ)) اهـ. وهو تنبيهٌ حسَنٌ، ولهذا لم يذكُروا الرُّجوعَ على الكفيلِ، بل اقتصَرُوا على بيانِ الرُّجوعِ على الأصيلِ لو الكفالةُ بأمرِهِ، وليس في هذا تقريرُ الظُّلمِ، بل فيه تخفيفُهُ[6]؛ لأنَّه لولا الكفالةُ يَحبِسُ[7] الظَّالمُ المكفُولَ ويضربُهُ ويكلِّفُهُ ببَيْعِ عقارِهِ وسائرِ أملاكِهِ بثَمنٍ بَخْسٍ أو بالاستدانةِ بالمرابحةِ ونحوِ ذلك مِمَّا هو مُشاهَدٌ، ولعلَّهم لهذا أجازُوا هذه الكفالةَ وإنْ لم يُجيزُوها بثَمنِ خمرٍ ونحوِهِ، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

[٢٥٧٣١] (قولُهُ: وقيَّدَهُ "شمسُ الأئمَّة") لا مَرجِعَ في كلامِهِ لهذا الضَّميرِ، والمناسبُ قولُ

(قولُهُ: لا مَرجِعَ في كلامِهِ لهذا الضَّميرِ إلخ) قد يُقال: مَرجِعُ الضَّميرِ الصِّحَّةُ المأخوذةُ مِن قولِهِ: ((وكذا النَّوائبُ))، المرادُ بها المعنى الذي رآهُ في هامشِ نُسختِهِ.

---

(١) "شرح السير الكبير": باب فداء الأسراء من الأحرار والمملوكين بالمال ١٦٢٧/٤.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب أحكام الكفالة ـ فصل في مسائل متفرقة من جنس هذا الباب ٧٧/٢.

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٢/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [٢٤٩٧٥] قوله: ((رَجَع بما أدَّى)).

(٥) أي: قول صاحب "الفتاوى الخيرية".

(٦) في "ب": ((تحفيفه)) بالحاء المهملة، وفي "م": ((تحقيقه)) بالقاف، وكلاهما خطأ.

(٧) في "ب": ((يحبس))، وهو خطأ.

فلو مُكرَهاً في الأمرِ لم يُعتبَرْ أمـرُهُ بـالرُّجوعِ، ذكَـرَهُ "الأكمـلُ"، وقـالوا: مَـن قـامَ بتوزيعِهـا بـالعَدلِ أُجِـرَ، وعليـه فـلا يفسُـقُ حيـثُ عـدَلَ، وهـو نـادرٌ، وفي وكالـةِ "البزّازيَّة"[١]: ((قال لرجلٍ: ....

"النَّهر"[٢]: ((وفي "الخانيَّة"[٣]: قضَى نائبةَ غيرِهِ بأمرِهِ رجَعَ عليـه وإنْ لـم يَشـترِطِ الرُّجـوعَ، وهو الصَّحيحُ. وقيَّدَهُ "شـمسُ الأئمَّـة"[٤] إلـخ)) أي: قيَّـدَ قولَـهُ: ((بـأمرِهِ))، وهـذا التَّقييـدُ ظاهرٌ؛ إذ لا خفاءَ أنَّ أَمْرَ المُكرَهِ غيرُ مُعتبَرٍ.

(فرعٌ)

في "مجموع النَّوازل": ((جماعةٌ طَمِعَ الوالـي أنْ يـأخُذَ مِنهـم شيئاً بغيرِ حَـقٍّ فـاختفَى بعضُهم وظَفِرَ الوالي ببعضِهم، فقال المختفُونَ لهم: لا تُطلِعُوهُ علينا وما أصـابَكم فهـو علينـا بالحِصصِ، فلو أخَذَ مِنهم شيئاً فلهم الرُّجوعُ، قال: هذا مستقيمٌ على قولِ مَن جـوَّزَ ضمـانَ الجبايةِ، وعلى قولِ عامَّةِ المشايخِ لا يَصِحُّ))، "فتح"[٥].

[٢٥٧٣٢] (قولُهُ: لم يُعتبَرْ أمرُهُ بالرُّجوعِ) الأصوَبُ: في الرُّجوعِ كمـا هـو في "البحـر"[٦] وغيرِهِ عن "العناية"[٧] لـ"الأكمل"، فـ((الباءُ)) بمعنى ((في)) مُتعلِّقةٌ بـ((يُعتبَرْ)) لا بـ((أمـرُ))؛ لأنَّه ليس المرادُ أنَّه أمَرَهُ بالرُّجوعِ عليـه، بـل أمَـرَهُ بقضـاءِ النّائبـةِ وإنْ لـم يَشـترِطِ الرُّجـوعَ، وحينئذٍ فالمعنى أنَّه إذا كان مُكرَهاً بالأمرِ بالقضاءِ لـم يُعتـبَرْ أمـرُهُ في حَـقِّ الرُّجـوعِ؛ لفَسـادِ الأمرِ بالإكراهِ، فلا رُجوعَ للمأمورِ عليه.

---

(١) "البزازية": كتاب الوكالة ـ الفصل الثالث فيها بقبض الدين ـ نوع في المأمور بدفع المال إلخ ٤٧٢/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/ب.

(٣) "الخانية": كتاب السير ـ فصل في معاملة المسلم المستأمن من أهل الحرب في دارهم ٥٦١/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "شرح السير الكبير": باب قتل الأسارى والمنِّ عليهم ١٠٣٣/٣ ـ ١٠٣٤.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ـ فصل في الضمان ٣٠٣/٦ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ـ فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٦٠/٦.

(٧) "العناية": كتاب الكفالة ـ فصل في الضمان ٣٣٢/٦ (هامش "فتح القدير").

خلِّصْني مِن مُصادرَةِ الوالي، أو قال الأسيرُ ذلك، فخلَّصَهُ رجَعَ بلا شرطٍ على الصَّحيحِ)). **قلت**: وهذا يقَعُ[1] في ديارنا كثيراً، وهو أنَّ الصُّوباشِي[2] يُمسِكُ رجلاً ويَحبِسُهُ، فيقولُ لآخرَ[3]: خلِّصْني، فيُخلِّصُهُ بمَبلغٍ، فحينئذٍ يرجِعُ بغيرِ شرطِ الرُّجوعِ، بل بمجرَّدِ[4] الأمرِ، فتدبَّرْ، كذا بخَطِّ "المصنفِ" على هامِشِها، فليُحفَظْ..............

[٢٥٧٣٣] (قولُهُ: بلا شرطٍ) أي: بلا شرطِ الرُّجوعِ.

[٢٥٧٣٤] (قولُهُ: على الصَّحيحِ) مُخالِفٌ لِما قدَّمَهُ[5] في النَّفقاتِ مِن أنَّ الصَّحيحَ عَدَمُ الرُّجوعِ، وبه يفتى، ففيه اختلافُ التَّصحيحِ كما ذكَرناهُ[6] آنفاً.

[٢٥٧٣٥] (قولُهُ: على هامِشِها) أي: هامِشِ "البزّازيَّة"، وفي "القاموس"[7]: ((الهامِشُ: حاشيةُ الكتابِ، مُوَلَّدٌ)).

(تتمَّةٌ)

مِن أصحابِنا مَن قال: الأفضلُ أنْ يُساويَ أهلَ مَحَلَّتِهِ في إعطاءِ النّائبةِ، قال "شمس الأئمة"[8]: ((هذا كان في زمانِهم؛ لأنَّه إعانةٌ على الحاجةِ والجهادِ[9]، أمّا في زمانِنا فأكثرُ النَّوائبِ تُؤخَذُ ظُلماً، ومَن تمكَّنَ مِن دَفْعِ الظُّلمِ عن نفسِهِ فهو خيرٌ له))، "نهر"[10]، وتمامُهُ في "الفتح"[11].

---

(١) في "د" و"و": ((وهذه تقع)).

(٢) في "معجم الألفاظ التاريخية في العصر المملوكي" صـ١٠٣ـ: ((الصُّوْباشي: وظيفة عثمانية: رئيس فرقة من السِّباهيّة، وهي فرقة من الفرسان، وهم من رجال العسكرية العثمانية، والصُّوْباشي بالفارسية: الوكيل في الضَّيْعة من قِبَلِ صاحبها)).

(٣) في "ط": ((الآخر)).

(٤) في "د": ((لمجرد)).

(٥) ٦١٩/١٠ "در".

(٦) المقولة [٢٥٧٣٠] قوله: ((وعليه الفتوى)).

(٧) "القاموس": مادة ((همش)).

(٨) الذي في النسخ جميعها و"النهر": ((القاضي))، وما أثبتناه من "الفتح"؛ إذ الكلام بنصِّه فيه، وكذا نقله صاحبُ "البحر" ٢٦١/٦، والمحشّي "ط": ١٦٢/٣ وعبارته: ((قال "شمس الأئمة")) والنقل في "المبسوط": كتاب السير ٢١/١٠ بتصرف.

(٩) عبارة "المبسوط": ((لأنّه إعانةٌ على الطاعة والجهاد))، وعبارة "الفتح": ((لأنّه إعانةٌ على الجائحة والجهاد)).

(١٠) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/ب.

(١١) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ـ فصل في الضمان ٣٣٣/٦.

(والقِسمةُ) أي: النَّصيبُ مِن النّائبةِ، وقيل: هي النّائبةُ الموظَّفةُ، وقيل غيرُ ذلك، وأيّاً ما كان فالكفالةُ بها صحيحةٌ، "صدر الشَّريعة"[1]. (قال) رجلٌ (لآخَرَ: اسلُكْ هذا الطَّريقَ فإنّه أَمْنٌ، ....

ونقَلَ في "القنية"[2]: ((أنَّ الأَولى الامتناعُ إنْ لم يَحمِلْ حِصَّتَهُ على الباقينَ، وإلاّ فالأَولى عَدَمُهُ))، ثمَّ قال[3]: ((وفيه إشكالٌ؛ لأنَّ الإعطاءَ إعانةٌ للظّالم على ظُلمِهِ)).

[٢٥٧٣٦] (قولُهُ: أي: النَّصيبُ مِن النّائبةِ) أي: حِصَّةُ الشَّخصِ مِنها إذا قسَّمَها الإمامُ، "فتح"[4].

[٢٥٧٣٧] (قولُهُ: وقيل: هي النّائبةُ الموظَّفةُ) والمرادُ بالنَّوائبِ ما هو مِنها غيرُ راتبٍ فتَغايَرا، "فتح"[4].

[٢٥٧٣٨] (قولُهُ: وقيل غيرُ ذلك) قال في "النَّهر"[5]: ((وقيل: هو أنْ يَقسِمَ ثمَّ يَمنَعَ أحدُ الشَّريكينِ قِسْمَ صاحبِهِ، وقال "الهِنْدُوانيُّ": هي أنْ يَمتنِعَ أحدُ الشَّريكينِ مِن القِسمةِ فيضمَنَهُ إنسانٌ ليقومَ مَقامَهُ فيها)).

[٢٥٧٣٩] (قولُهُ: فإنّه أَمْنٌ) بقصرِ الهمزةِ على تقديرِ مُضافٍ، أي: ذو أمنٍ، أو بمدِّها[6] على صورةِ اسمِ الفاعلِ بمعنى المفعُولِ [٣/ق١٨٣/ب]، كساحلٍ بمعنى مَسحولٍ[7]، أو بمعنى: آمنٌ سالِكُهُ، مثلُ: نهارُهُ صائمٌ، وعلى الوجهينِ عيشةٌ راضيةٌ.

(قولُهُ: وفيه إشكالٌ؛ لأنَّ الإعطاءَ إعانةٌ للظّالمِ على ظُلمِهِ) يندفِعُ الإشكالُ بأنَّ الظُّلمَ هنا مُحقَّقٌ، وتَحمُّلُهُ له أَولى مِن تحميلِهِ لغيرِهِ، والأَولى مِنه أنْ يُعطيَ مَن هو عاجزٌ عن دَفْعِ الظُّلمِ عن نفسِهِ إعانةً له على دَفْعِ الظُّلمِ عن نفسِهِ.

---

(١) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة ـ فصل: أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي إلخ ٥٧/٢ بتصرف (هامش "كشف الحقائق").

(٢) "القنية": كتاب الكراهية والاستحسان ـ باب في الاستحلال وردِّ المظالم ق٧٦/ب بتصرف، نقلاً عن السمرقندي "بمجموعاته" و"النوازل".

(٣) "القنية": كتاب الكراهية والاستحسان ـ باب في الاستحلال وردِّ المظالم ق٧٦/ب، نقلاً عن "النوازل" للسمرقنديّ.

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ـ فصل في الضمان ٣٣٢/٦.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق٤٢٢/ب.

(٦) أي: ((آمن)) كما في "الأصل".

(٧) في "آ": ((كساجل بمعنى مسجول)) بالجيم المعجمة.

فسلَكَ وأُخِذَ مالُهُ لم يضمَنْ، ولو قال: إنْ كان مَخُوفاً وأُخِـذَ مـالُكَ فأنـا ضـامنٌ) والمسألةُ بحالِهـا (ضَمِـنَ)، هـذا واردٌ علـى مـا قدَّمَـهُ[١] بقولِـهِ: ((ولا تَصِـحُّ بجهالـةِ المكفُولِ عنه)) كما في الشُّرنبُلاليَّة"[٢] ....

[٢٥٧٤٠] (قولُـهُ: لـم يضمَـنْ) مثلُـهُ: كُـلْ هـذا الطَّعـامَ فإنَّـه ليس بمسمُومٍ، فأكَلَـهُ فمـاتَ لا ضمانَ عليه، وكذا لو أخبرَهُ رجلٌ أنَّها حُرَّةٌ فتزوَّجَها، ثمَّ ظهَرَتْ مملُوكةً فلا رُجوعَ بقيمةِ الولدِ على المُخبِرِ، "أشباه"[٣]، "ط"[٤].

[٢٥٧٤١] (قولُهُ: والمسألةُ بحالِها) أي: فسلَكَهُ وأُخِذَ مالُهُ، "ط"[٤].

[٢٥٧٤٢] (قولُهُ: ضَمِنَ) أمّا لو قال له: إنْ أكَلَ ابنَكَ سَبُعٌ، أو أتلَفَ مـالَكَ سَبُعٌ فأنـا ضامنٌ لا يَصِحُّ، "هنديَّة"[٥]؛ لِما تقدَّمَ[٦] مِن أنَّ السَّبُعَ لا يُكفَلُ، وأنَّ فِعْلَهُ جُبَارٌ، "ط"[٧].

[٢٥٧٤٣] (قولُهُ: هذا واردٌ إلخ) **أقولُ:** صحَّةُ الضَّمانِ لا مِن حيثُ صحَّـةُ الكفالـةِ حتّى يَرِدَ ما ذُكِرَ، بـل مِـن حيـثُ إنَّـه غـرَّهُ؛ لأنَّ الغُـرورَ يُوجِـبُ الرُّجـوعَ إذا كـان بالشَّـرطِ، "أبو السُّعود"[٨]، "ط"[٩]. ولـذا أَعقَبَـهُ "الشّـارحُ" بذِكـرِ الأصـلِ، لكـنْ يـأتي[١٠] أنَّ ضمـانَ الغُرورِ في الحقيقةِ هو ضمانُ الكفالةِ.

٢٨٣/٤

---

(١) صـ١٠١ـ "در".

(٢) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٢٩٩/٢ ـ ٣٠٠ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٢ ـ ٢٥٣ـ.

(٤) "ط": كتاب الكفالة ١٦٣/٣.

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب الكفالة ـ الفصل الخامس في التعليق والتعجيل ٢٧٧/٣، نقلاً عن "الفصول الأُستروشنية".

(٦) المقولة [٢٥٥٢٤] قوله: ((بخلافِ: إنْ أكلَكَ سبُعٌ)).

(٧) "ط": كتاب الكفالة ١٦٣/٣.

(٨) "فتح المعين": كتاب الكفالة ٨/٣ باختصار.

(٩) "ط": كتاب الكفالة ١٦٣/٣.

(١٠) صـ١٨٥ـ "در".

والأصلُ أنَّ المغرورَ إنَّما يرجِعُ على الغارِّ إذا حصَلَ الغُرورُ في ضِمنِ المعاوَضةِ،.........

ثمَّ اعلَم أنَّ "المصنِّف" تابَعَ في ذِكرِ هذه المسألةِ صاحبَ "الدُّرر"[١] عن "العماديَّة"، وعزاها "البِيريُّ"[٢] إلى "الذَّخيرة" بزيادةِ: ((إنَّ المكفُولَ عنه مجهولٌ ومع هذا جوَّزُوا الضَّمانَ)) اهـ. لكنْ قال في الثّالثِ والثَّلاثينَ مِن "جامع الفصولين"[٣] برمزِ "المحيط"[٤]: ((ما ذُكِرَ مِن الجوابِ مُخالِفٌ لقولِ "القُدوريِّ"[٥]: مَن قال لغيرِهِ: مَن غصَبَكَ مِن النّاسِ، أو مَن بايعتَ مِن النّاسِ فأنا ضامنٌ لذلك فهو باطلٌ)) اهـ. وأجابَ في "نور العين"[٦]: ((بأنَّ عَدَمَ الضَّمانِ في مسألةِ "القُدوريِّ" لعَدَمِ التَّغريرِ، فظهَرَ الفرقُ)).

قلتُ: لكنْ في "البزّازيَّة"[٧]: ((وذَكَرَ القاضي: بايِعْ فُلاناً على أنَّ ما أصابَكَ مِن خُسرانٍ فعليَّ، أو قال لرجلٍ: إنْ هلَكَ عينُكَ هذا فأنا ضامنٌ لم يَصِحَّ)) اهـ. إلاّ أنْ يُجابَ بأنَّ قولَهُ: ((بايِعْ فُلاناً)) لا تغريرَ فيه؛ لعَدَمِ العِلمِ بحصولِ الخُسرانِ في المبايعةِ معه؛ ولأنَّ الخُسرانَ يحصُلُ بسببِ جهلِ[٨] المأمورِ بأمرِ البَيعِ والشراءِ، بخلافِ قولِهِ: ((اسلُكْ هذا الطَّريقَ)) والحالُ أنَّه مَخُوفٌ، فإنَّ الطَّريقَ المخُوفَ يُؤخَذُ فيه المالُ غالباً ولا صُنعَ فيه للمأمورِ، فقد تحقَّقَ فيه التَّغريرُ، فإذا ضَمِنَهُ الآمرُ نَصّاً رجَعَ عليه، ولعلَّهم أجازُوا الضَّمانَ فيه مع جهلِ المكفُولِ عنه زجراً عن هذا الفعلِ كما في تضمينِ السّاعي، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

[٢٥٧٤٤] (قولُهُ: في ضِمنِ المعاوَضةِ) فيرجِعُ على البائعِ بقيمةِ الولدِ إذا استُحِقَّتَ بعد الاستيلادِ، وبقيمةِ البناءِ بعدَ أنْ يُسلِّمَ البناءَ إليه، واحترَزَ عمّا إذا كان في ضِمنِ عَقْدِ التَّبرُّعِ كالهبةِ والصَّدقةِ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٩ ـ ٣٠٠.
(٢) "عمدة ذوي البصائر": كتاب الكفالة والحوالة ق١١٢/ب بتصرف.
(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثالث والثلاثون ـ في أنواع الضمانات الواجبة وكيفياتها إلخ ٢/٨٣ بتصرف.
(٤) لم نعثر على المسألة في مظانها من مخطوطة "المحيط البرهاني" التي بين أيدينا.
(٥) لم نعثر على قول القدوري في "مختصره"، ولا في كتابه "التجريد".
(٦) "نور العين": الفصل الثاني والثلاثون في أنواع الضمانات الواجبة وكيفياتها إلخ ق١٣٧/أ بتصرف.
(٧) "البزازية": كتاب الكفالة ـ الفصل الثاني في المعلقة ٦/١٥ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٨) ((جهل)) ساقطة من "الأصل".

أو ضَمِنَ الغارُّ صفةَ السَّلامةِ للمَغرورِ نَصّاً، "درر"[١]، وتمامُهُ في "الأشباه"[٢]، ومرَّ[٣] في المرابحةِ. (فروعٌ) ضمانُ الغُرورِ في الحقيقةِ هو ضمانُ الكفالةِ. ....

[٢٥٧٤٥] (قولُهُ: أو ضَمِنَ الغارُّ صفةَ السَّلامةِ للمَغرورِ نَصّاً) أي: كمسألةِ المتنِ الثّانيةِ، فإنَّه نَصَّ فيها على الضَّمانِ، بخلافِ الأُولى، وتمامُ عبارةِ "الدُّرر"[٤]: ((حتّى لو قال الطَّحّانُ لصاحبِ الحنطةِ: اجعَلِ الحنطةَ في الدَّلوِ فذهَبَ مِن ثَقْبِهِ ما كان فيه إلى الماءِ والطَّحّانُ كان عالِماً به يضمَنُ؛ لأنَّه صار غارّاً في ضِمنِ العَقدِ، بخلافِ المسألةِ الأُولى؛ لأنَّ ثَمَّةَ ما ضَمِنَ السَّلامةَ بحُكمِ العَقدِ، وهنا العَقدُ يقتضي السَّلامةَ، كذا في "العماديَّة")) اهـ. وأرادَ بالأُولى قولَهُ: ((اسلُكْ هذا الطَّريقَ فإنَّه أمنٌ))، ويظهَرُ مِن التَّعليلِ أنَّ قولَهُ: ((حتّى لو قال إلخ)) تفريعٌ على الأصلِ الأوَّلِ، وقولَهُ: ((إنْ كان عالِماً به)) أي: بثَقْبِ الدَّلوِ، يُشكِلُ عليه مسألةُ الاستحقاقِ.

[٢٥٧٤٦] (قولُهُ: وتمامُهُ في "الأشباه") ذكَرناهُ في آخِرِ بابِ المرابحةِ[٥]، وتكلَّمنا عليه هناك، فراجعْهُ.

[٢٥٧٤٧] (قولُهُ: هو ضمانُ الكفالةِ) أمّا في الأصلِ الثّاني فهو ظاهرٌ؛ لأنَّ شرطَهُ أنْ يذكُرَ الضَّمانَ نَصّاً، وأمّا في الأوَّلِ فلأنَّ عَقْدَ المعاوَضةِ يقتضي السَّلامةَ، فكأنَّه بسببِ أَخْذِ العِوَضِ ضَمِنَ له سلامةَ المعوَّضِ.

(قولُهُ: وقولَهُ: ((إنْ كان عالِماً به)) أي: بثَقْبِ الدَّلوِ، يُشكِلُ عليه مسألةُ الاستحقاقِ) يَندفِعُ بأنَّ التَّغريرَ في مسألةِ الاستحقاقِ في نفسِ المعقودِ عليه، بخلافِهِ في مسألةِ الطَّحّانِ، فإنَّه في تعلُّقاتِهِ، فلذا شُرِطَ فيه العِلمُ بالثَّقْبِ.

(قولُهُ: أمّا في الأصلِ الثّاني فهو ظاهرٌ إلخ) في كونِ ضمانِ الغُرورِ ضمانَ الكفالةِ حقيقةً، تأمَّلْ. فإنَّ الكفالةَ بالمعنى السّابقِ غيرُ موجودةٍ هنا، تدبَّرْ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٥.

(٢) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٣ـ.

(٣) ١٤٠/١٥ وما بعدها "در".

(٤) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٥.

(٥) المقولة [٢٤١٠٣] قوله: ((وفي كفالةِ "الأشباه" إلخ)).

للكفيلِ مَنْعُ[١] الأصيلِ مِن السَّفَرِ لو كفالتُهُ حالَّةً؛ لِيُخلِّصَهُ مِنها بأداءٍ أو إبـراءٍ، وفي الكفيلِ بالنَّفسِ يرُدُّهُ إليه كما في "الصُّغرى"، أي: لو بأمرِهِ.

مَن قامَ عـن غـيرِهِ بواجـبٍ بـأمرِهِ رجَـعَ بمـا دفَـعَ وإنْ لـم يَشـترِطْهُ، كـالأمرِ بالإنفاقِ عليه[٢] وبقضاءِ دَيْنِهِ، إلاّ في مسائلَ: ....

[٢٥٧٤٨] (قولُهُ: لو كفالتُهُ حالَّةً) ينبغي أنْ يجريَ فيـه مـا سـيذكُرُه "الشّـارحُ"[٣] آخِـرَ البابِ عن "المحيط".

[٢٥٧٤٩] (قولُهُ: لِيُخلِّصَهُ بـأداءٍ أو إبـراءٍ) أي: بـأنْ يُـؤدِّيَ المـالَ إليـه أو إلى [٣/ق١٨٤/أ] الطّالبِ، أو بأنْ يتكلَّمَ مع الطّالبِ لِيُبْرِئَ الكَفِيلَ.

[٢٥٧٥٠] (قولُهُ: يرُدُّهُ إليه) في بعضِ النُّسَخِ: ((بـرَدِّهِ)) بالبـاءِ الموحَّـدةِ، وهـي أحسـنُ، فهو مُتعلِّقٌ بـ((يُخلِّصَهُ)) أي: برَدِّ نفسِهِ وتسليمِها إلى الطّالبِ.

[٢٥٧٥١] (قولُهُ: أي: لو بأمرِهِ) لأنَّ الكفيلَ بلا أمرٍ مُتبرِّعٌ ليس له مُطالبةُ الأصيلِ بمـالٍ ولا نفسٍ، حتّى إنّه لا يأثَمُ بالامتناعِ من تسليمِ نفسِهِ معه كما مرَّ[٤] سابقاً.

[٢٥٧٥٢] (قولُهُ: مَن قامَ عن غيرِهِ بواجـبٍ بـأمرِهِ[٥] إلـخ) الظّـاهرُ أنَّ المـرادَ بـالواجبِ اللاّزمُ شرعاً أو عادةً؛ لِيَصِحَّ استثناءُ التَّعويـضِ عـن الهبـةِ ونفـسِ الهبـةِ، إلاّ أنْ يكـونَ لفـظُ ((إلاّ)) بمعنى ((لكنْ)). وقولُهُ: ((بأمرِهِ)) مُتعلِّقٌ بـ((قامَ)).

(قولُهُ: إلاّ أنْ يكونَ لفظُ ((إلاّ)) بمعنى ((لكنْ)) هذا هو الأنسبُ؛ إذ لا معنى لكونِ الهبةِ لازمةً عادةً.

---

(١) في "ط": ((مع))، وهو خطأ.

(٢) ((عليه)) ليست في "و".

(٣) صـ١٩٣ـ "در".

(٤) المقولة [٢٥٤١٨] قوله: ((وكذا يبرأُ الكفيلُ بتسليمِ المطلُوبِ نفسَهُ)).

(٥) في "الأصل" و"ك": ((بواجب أمره)).

أَمَرَهُ بتعويضٍ عن هبتِهِ، وبإطعامٍ عن كفّارتِهِ، وبأداءِ عن[١] زكاةِ مالِهِ، وبأنْ يهَبَ فُلاناً عنّي ألفاً في كلِّ موضعٍ يَملِكُ المدفوعُ إليه المالَ المدفوعَ إليه مُقابَلاً بِملكِ مالٍ، فإنَّ المأمورَ يرجِعُ بلا شرطٍ، وإلاّ فلا، وتمامُهُ في وكالةِ "السِّراج"، والكلُّ مِن "الأشباه"[٢].

[٢٥٧٥٣] (قولُهُ: أَمَرَهُ بتعويضٍ عن هبتِهِ) أي: أَمَرَ الموهوبُ له رجلاً أنْ يُعوِّضَ الواهبَ عن هبتِهِ.

[٢٥٧٥٤] (قولُهُ: وبإطعامٍ إلخ) وكذا لو قال: أَحِجَّ عنّي رجلاً، أو أَعتِقْ عنّي عبداً عن ظِهاري، "خانيَّة"[٣]، فالمرادُ الواجبُ الأُخرَويُّ.

[٢٥٧٥٥] (قولُهُ: وبأنْ يهَبَ فُلاناً إلخ[٤]) فلو قال: هَبْ لفُلانٍ عنّي ألفاً تكونُ مِن الآمرِ، ولا رُجوعَ للمأمورِ عليه ولا على القابضِ، وللآمرِ الرُّجوعُ فيها، والدّافعُ مُتطوِّعٌ، ولو قال: على أنّي ضامنٌ ضَمِنَ للمأمورِ، وللآمرِ الرُّجوعُ فيها دونَ الدّافعِ، "خانيَّة"[٥].

[٢٥٧٥٦] (قولُهُ: في كلِّ موضعٍ إلخ) فالمشتري أو الغاصبُ إذا أَمَرَ رجلاً بأنْ يدفَعَ الثَّمنَ أو بدَلَ الغَصْبِ إلى البائعِ أو المالِكِ كان المدفوعُ إليه مالكاً للمدفوعِ بمقابَلةِ مالٍ هو المبيعُ أو المغصوبُ. وظاهرُهُ أنَّ الهبةَ لو كانت بشرطِ العِوَضِ فأَمَرَهُ بالتَّعويضِ عنها يرجِعُ بلا شرطٍ؛ لوُجودِ المِلكِ بمقابَلةِ مالٍ، بخلافِ ما لو أَمَرَهُ بالإطعامِ عن كفّارتِهِ أو بالإحجاجِ عنه ونحوِهِ، فإنّه ليس بمقابَلةِ مالٍ فلا رُجوعَ للمأمورِ على الآمرِ إلاّ بشرطِ الرُّجوعِ. ويَرِدُ عليه الأمرُ بالإنفاقِ عليه فإنَّه قدَّمَ[٦] أنّه يرجِعُ بلا شرطٍ مع أنّه ليس بمقابَلةِ مِلكِ مالٍ، وكذا الأمرُ بأداءِ النَّوائبِ وبتخليصِ الأسيرِ على ما مرَّ[٧]. هذا وسيذكُرُ "المصنِّف"[٨] في بابِ الرُّجوعِ

---

(١) ((عن)) ليست في "د" و"و".

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب الكفالة صـ٢٥٥ـ.

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٥/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) ((إلخ)) ليست في "ب" و"م".

(٥) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٥/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) ٦١٧/١٠ وما بعدها "در".

(٧) صـ١٧٩ـ وما بعدها "در".

(٨) انظر "الدر" عند المقولة [٢٩٢٢٩] قوله: ((والأصلُ إلخ)).

وفي "الملتقط"[١]: ((الكفيلُ للمُختَلِعةِ بما لَها على الزَّوجِ مِن الدَّيـنِ لا يَبرأُ بتجـدُّدِ النِّكـاحِ بينَهما. ثوبٌ غابَ عن دلاّلٍ لاضمانَ عليه، ولو غابَ عن صاحبِ الحانوتِ وقـد ساوَمَ واتَّفَقا على الثَّمنِ[٢] فعليه قيمةُ الثَّوبِ، ولو طافَ به الدَّلاّلُ ثمَّ وضعَـهُ في حـانوتٍ فهلَـكَ ضَمِنَ الدَّلاّلُ بالاتِّفاقِ، ولا ضمانَ على صاحبِ الحانوتِ عندَ "الإمامِ"؛ لأنه مُودَعُ المودَعِ.

عن الهبةِ أصلاً آخرَ، وهو: كلُّ ما يُطالَبُ به بالحبسِ والملازمةِ فالأمرُ بأدائـهِ يُثبِـتُ الرُّجـوعَ، وإلاّ فلا إلاّ بشرطِ الضَّمانِ، ويَرِدُ عليه أيضاً الأمرُ بالإنفاقِ، وانظُر ما حرَّرناهُ في "تنقيح الحامديَّة"[٣].

[٢٥٧٥٧] (قولُهُ: الكفيلُ للمُختَلِعةِ إلخ) صورتُهُ: خالَعَتْ زوجَها على مَهرِها مثلاً ولهـا عليه دَيْنٌ، فكفَلَهُ به لها رجلٌ، ثمَّ جدَّدا عَقْدَ النِّكاحِ بينَهما لا يبرأُ الكفيلُ؛ لعَدَمِ مـا يُسقِطُ ما ثبَتَ عليه بالكفالةِ، أفادَهُ "ط"[٤].

٤/٢٨٤ [٢٥٧٥٨] (قولُهُ: ثوبٌ إلخ) تابَعَ صاحبَ "الملتقـط" في ذِكـرِ هـذه الفـروعِ في الكفالـةِ لمناسبةِ الضَّمانِ، وإلاّ فمَحلُّها الوديعةُ أو الإجاراتُ.

[٢٥٧٥٩] (قولُهُ: لا ضمانَ عليه) هذا لو ضاعَ مِنه، أمّا لو قال: لا أدري في أيِّ حـانوتٍ وضعتُهُ ضَمِنَ، نقَلَهُ بعضُ المحشِّينَ عن "الخانيَّة"[٥]، وذكَرَ "الشّارحُ" نحوَهُ آخِرَ الوديعةِ[٦].

[٢٥٧٦٠] (قولُهُ: واتَّفَقا على الثَّمنِ) أي: قبلَ العَقدِ، فيكونُ مقبوضاً على سَوْمِ الشِّراءِ.

[٢٥٧٦١] (قولُهُ: ضَمِنَ الدَّلاّلُ بالاتِّفاقِ) **أقولُ**: هذا إذا وضَعَهُ أمانةً عندَ صاحبِ الدُّكّـانِ، أمّا لو وضَعَهُ عندَهُ ليشتريَهُ ففيه خلافٌ مذكورٌ في الثّالثِ والثّلاثينَ مِن "جامع الفصولين"[٧]،

---

(١) "الملتقط": كتاب الكفالة ـ مطلب: الكفيل للمختلعة بمال لا يبرأ إلخ صـ٤١٣ـ.

(٢) في "و": ((ثمن))، ومثلُه في "الملتقط".

(٣) "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الكفالة ١/٢٨٧.

(٤) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٦٤.

(٥) "الخانية": كتاب الوديعة ـ فصل في هلاك الوديعة بعد الطلب من صاحبها ٣/٣٨١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [٢٨٩٣٠] قوله: ((فإنّه يَضمَنُ)).

(٧) "جامع الفصولين": الفصل الثالث والثلاثون في أنواع الضمانات الواجبة وكيفياتها إلخ ـ ضمـان المأمور والـدلال وما يتصل به ٢/١٠٠ ـ ١٠١.

دلاَّلٌ معروفٌ في يدِهِ ثوبٌ تبيَّنَ أنَّه مسروقٌ، فقال: رَدَدتُ على الذي أخذتُ مِنه بَرِئَ. ولو قال: طالِبْ غريمي في مِصْرِ كذا، فإذا أخذتَ مالي فلكَ عشرةٌ مِنه يَجبُ أجرُ المثلِ، لا يُزادُ على عشرةٍ)) "ملتقط"[١]. وأفتيتُ بأنَّ ضمانَ الدَّلاَّلِ والسِّمسارِ الثَّمنَ للبائعِ باطلٌ؛ لأنَّه وكيلٌ بالأجرِ. وذكروا أنَّ الوكيلَ لا يَصِحُّ ضمانُهُ؛ لأنَّه يصيرُ عاملاً لنفسِهِ، فليُحرَّرْ اهـ.

(**فائدةٌ**) ذكَرَ "الطَّرَسوسيُّ" في مؤلَّفٍ له[٢]: ((أنَّ مُصادرةَ السُّلطانِ لأربابِ الأموالِ لا تَجُوزُ إلاَّ لعُمَّالِ بيتِ المالِ، مُستدِلاًّ بأنَّ عمرَ ﷺ صادرَ أبا هريرةَ)) اهـ،

فقيل: يضمَنُ؛ لأنَّه مُودَعٌ، وليس للمُودَعِ أن يُودِعَ، وقيل: لا يضمَنُ في الصَّحيحِ؛ لأنَّه أمرٌ لابدَّ مِنه في البَيعِ، وبه جزَمَ في "الوهبانيَّة" كما نقَلَهُ "الشَّارحُ" عنها آخِرَ الإجاراتِ[٣].

[٢٥٧٦٢] (قولُهُ: بَرِئَ) لأنَّه كغاصبِ الغاصبِ إذا رَدَّ على الغاصبِ يبرأُ، وإنَّما يبرأُ لو أثبَتَ رَدَّهُ بحُجَّةٍ، "جامع الفصولين"[٤].

[٢٥٧٦٣] (قولُهُ: لأنَّه يصيرُ عاملاً لنفسِهِ) إذ وِلايةُ القَبْضِ له، والضَّامنُ يعمَلُ لغيرِهِ، "ط"[٥]. فلو أنَّ وكيلَ البَيعِ ضَمِنَ الثَّمنَ لموكِّلِهِ وأدَّى يرجعُ، ولو أدَّى بلا ضمانٍ لا يرجِعُ كما في "الفصولين"، وقد مرَّ[٦].

[٢٥٧٦٤] (قولُهُ: إلاَّ لعُمَّالِ بيتِ المالِ) أي: إذا كان يرُدُّهُ لبيتِ المالِ، أو على أربابِهِ إنْ عُلِمُوا كما ذكَرَهُ[٧] في آخِرِ العبارةِ.

(قولُ "الشَّارحِ": وأفتيتُ بأنَّ ضمانَ الدَّلاَّلِ والسِّمسارِ الثَّمنَ للبائعِ باطلٌ إلخ) هذا ظاهرٌ فيما إذا باشَرا العَقدَ، لا فيما إذا باشَرَهُ المالِكُ.

---

(١) "الملتقط": كتاب الكفالة ـ مطلب الثمن على الذي باشر العقد صـ٤١٣ـ، وقوله: ((ولا يزاد على عشرة)) ليس في مطبوعة "الملتقط" التي بين أيدينا.

(٢) لم نهتد إليه.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٢٢٨] قوله: ((وفي "الوهبانية")).

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثالث والثلاثون في أنواع الضمانات الواجبة وكيفياتها إلخ ـ ضمان المأمور والدلال وما يتصل به ١٠١/٢.

(٥) "ط": كتاب الكفالة ١٦٤/٣.

(٦) المقولة [٢٥٦٠٥] قوله: ((متى أدَّى بكفالةٍ فاسدةٍ رجَعَ كصحيحةٍ)).

(٧) صـ١٩١ـ "در".

وذلك حينَ استعمَلَهُ على البحرينِ، ثمَّ عزَلَهُ وأخَذَ مِنه اثنَي عشرَ ألفاً، ثمَّ دعاهُ للعملِ فأبَى، رواهُ "الحاكمُ" وغيرُهُ. ....

[٢٥٧٦٥] (قولُهُ: رواهُ "الحاكمُ" وغيرُهُ) أخرَجَ [٣/ق١٨٤/ب] في "الدُّرِّ المنثور"[1] في سورةِ يوسفَ في قولِهِ تعالى: ﴿ٱجْعَلْنِى عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلْأَرْضِ﴾ [يوسف: ٥٥] قال: ((أخرَجَ "ابنُ أبي حاتمٍ" و"الحاكمُ" عن أبي هريرةَ قال: استعمَلَني عمرُ على البحرينِ، ثمَّ نزَعَني وغرَّمَني اثني عشرَ ألفاً، ثمَّ دعاني بعدُ إلى العملِ فأبَيتُ، فقال: لِمَ وقد سأَلَ يوسفُ العملَ وكان خيراً مِنكَ؟ فقلتُ: إنَّ يوسفَ عليه السَّلامُ نبيٌّ ابنُ نبيٍّ ابنِ نبيٍّ ابنِ نبيٍّ، وأنا ابنُ أميمةَ[2]، وأخافُ أنْ أقولَ بغيرِ عِلمٍ[3]، وأُفتِيَ بغيرِ عِلمٍ، وأنْ يُضرَبَ ظهري، ويُشتَمَ عِرضي، ويُؤخَذَ مالي[4])) اهـ "بحر"[5].

قلتُ: ولعلَّ مذهبَهُ أنَّ هديَّةَ العُمّالِ جائزةٌ بخلافِ مذهبِ عمرَ رضيَ اللهُ تعالى عنه، فلذا غرَّمَهُ.

---

(١) "الدُّرُّ المنثور" للسيوطي: ٤/٤٥ [يوسف:٥٥].

(٢) في النسخ جميعها: ((أمية))، وما أثبتناه هو اسم أمه، كما ورد في "الدر المنثور" والحاكم و"الإصابة".

(٣) "الدر المنثور": ((بغير حلم)).

(٤) أخرجه ابنُ أبي حاتمٍ في "تفسيره" [يوسف:٥٥] (١١٧١١)، من طريق أبي جعفرٍ الرّازيِّ (ح)، والحاكم في "المستدرك" ٢/٣٤٧، من طريق يزيد بنِ هارونَ كلاهما عن هشام بن حسّانَ عن محمَّدِ بنِ سيرينَ عن أبي هريرةَ، فذكره، إلاّ أنَّ أبا جعفرٍ رواه مُختصَراً.

وأخرجه ابنُ سعدٍ في "الطبقات" ٣/٣٣٥: عن عمرِو بن الهيثمِ ثنا أبو هلال (ح)، وعن هَوذةَ بنِ خليفة وعبدِ الوهّاب بنِ عطاءٍ ويحيى بنِ خُليف بنِ عُقبةَ وبَكّارِ بنِ محمّدٍ، قالوا: حدَّثنا ابنُ عَونٍ (ح)، وكذلك رواه معمرٌ في "الجامع" (٢٠٦٥٩) بروايةِ عبدِ الرَّزّاق عنه عن أيُّوبَ (ح)، وأخرجه أبو نُعيمٍ في "الحلية" ١/٣٨٠ ـ ٣٨١، وأبو موسى في "الذَّيل" كما في "الإصابة" ٤/٢٤١ من طريق ابن شاذان عن سعدِ بن الصّامت عن يحيى بنِ العَلاء عن أيُّوبَ السَّختيانيِّ، كلُّهم عن ابنِ سيرينَ عن أبي هريرةَ بألفاظٍ مُتقاربة. وقال الحاكم: صحيحٌ على شرط الشَّيخين. أمّا يحيى بنُ العلاءِ فقال ابن حجر: ضعيفٌ جدّاً، ولكنْ أخرجه عبدُ الرَّزّاق عن مَعمرٍ عن أيُّوبَ فقَوِيَ.

وبنحوه أخرج ابنُ سعدٍ في "الطبقات" ٣/٣٣٥: أخبرنا عمرُو بنُ عاصمٍ الكلابيُّ قال: حدَّثنا همّامُ بنُ يحيى قال: حدَّثنا إسحاقُ بنُ عبد الله أنَّ عمرَ بنَ الخطّاب قال لأبي هريرةَ: كيف وجدتَ الإمارةَ يا أبا هريرة؟ قال: بعَثْتني وأنا كارهٌ، ونزَعْتني وقد أحبَبْتُها، وأتاهُ بأربعمائة ألفٍ مِن البحرين، فقال: أظَلَمتَ أحداً؟ قال: لا، قال: أخذتَ شيئاً بغير حَقِّهِ؟ قال: لا، قال: فما جئتَ به لنفسِك؟ قال: عشرين ألفاً، قال: من أين أصَبتَها؟ قال: كنتُ أتَّجرُ، قال: انظُر رأسَ مالِك ورزقَك فخُذْهُ، واجعَلِ الآخرَ في بيتِ المال.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٦، وفيه: ((نبي ابن نبي ابن نبي)) كرَّر كلمةَ ((نبيّ)) ثلاثَ مراتٍ فقط.

وأرادَ بـ((عُمّالِ بيتِ المالِ)) خدَمَتَهُ الذين يَجبُونَ أموالَهُ، ومِن ذلك كتَبَتُهُ إذا توسَّعُوا في الأموالِ؛ لأنَّ ذلك دليلٌ على خيانتِهم. ويُلحَقُ بهم كتَبَةُ الأوقافِ ونُظّارُها إذا توسَّعُوا وتعاطَوا أنواعَ اللَّهوِ وبناءَ[1] الأماكنِ، فللحاكمِ أَخْذُ الأموالِ مِنهم وعَزْلُهم، فإن عرَفَ خيانتَهم في وَقْفٍ مُعيَّنٍ رَدَّ[2] المالَ إليه، وإلاّ وضَعَهُ في بيتِ المالِ، "نهر"[3] و"بحر"[4]، وفي "التَّلخيص"[5]: ((لو كفَلَ الحالَّ مُؤجَّلاً تأخَّرَ عن الأصيلِ ولو قَرْضاً؛ لأنَّ الدَّينَ واحدٌ)). **قلتُ**: وقدَّمنا أنَّها حيلةُ تأجيلِ القَرْضِ،

[٢٥٧٦٦] (قولُهُ: ويُلحَقُ بهم إلخ) قال السَّيِّدُ "الحَمَويُّ": ((هذا مِمّا يُعلَمُ ويُكتَمُ، ولا تَجُوزُ الفتوى به؛ لأنَّه يكونُ ذريعةً إلى ما لا يَجُوزُ؛ وذلك لأنَّ حُكّامَ زمانِنا لو أُفْتُوا بهذا وصادروا مَن ذُكِرَ لا يرُدُّونَ الأموالَ إلى الأوقافِ وإنْ عُلِمَتْ أعيانُها، ولا لبيتِ المالِ، بل يصرِفونَها فيما لا يليقُ ذِكرُهُ، فليكنْ هذا على ذُكرٍ مِنك)) اهـ.

قلتُ: والفاعل لهذا "عمرُ" وأينَ "عمرُ"؟! "ط"[6].

[٢٥٧٦٧] (قولُهُ: وفي "التَّلخيص" إلخ) قدَّمنا[7] عندَ قولِهِ: ((ولو أبرَأَ الأصيلَ أو أخَّرَ عنه بَرِئَ الكفيلُ، ولا ينعكِسُ)) أنَّ هذا مُخالِفٌ لِما في كلِّ الكتبِ ولا يَجُوزُ العملُ به، بل يتأخَّرُ عن الكفيلِ فقط دونَ الأصيلِ.

[٢٥٧٦٨] (قولُهُ: وقدَّمنا) أي: قُبَيلَ فصلِ القَرْضِ[8]، وذكَرْنا هناك[9] أيضاً ما فيه كفايةٌ.

---

(١) في "و": ((وبنوا)).

(٢) في "ط": ((وردّ)) بواو العطف، وهو خطأ.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٦/أ ـ ب

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٦ باختصار.

(٥) هو "تلخيص الجامع الكبير" للخِلاطيّ (ت٦٥٢هـ)، وتقدمت ترجمته ٣/١٣٦.

(٦) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٦٤.

(٧) المقولة [٢٥٦٣٤] قوله: ((لأنَّ تأجيلَهُ على الكفيلِ تأجيلٌ عليهما)).

(٨) ١٥/١٩٣ "در".

(٩) المقولة [٢٤٢٥٠] قوله: ((لأنَّ الدَّيْنَ واحدٌ)).

وسيجيءُ أنَّ للمديونِ السَّفَرَ قبلَ حُلولِ الدَّينِ، وليس للدّائنِ مَنْعُهُ ولكنْ يُسافِرُ معه، فإذا حَلَّ منَعَهُ لِيُوفِيَهُ، واستحسَنَ "أبو يوسفَ" أَخْذَ كفيلٍ شهراً لامرأةٍ طلَبَتْ كفيلاً بالنَّفقةِ لسَفَرِ الزَّوجِ، وعليه الفتوى. ....

[٢٥٧٦٩] (قولُهُ: وسيجيءُ) أي: في فصلِ الحبسِ مِن كتابِ القضاءِ(١).

[٢٥٧٧٠] (قولُهُ: وليس للدّائنِ مَنْعُهُ إلخ) وكذا ليس له أنْ يُطالِبَهُ بإعطاءِ الكفيلِ وإنْ قرُبَ حُلولُ الأجلِ كما في الأقضيةِ، وذكَرَ في "المنتقى": ((يُطالِبُهُ بإعطاءِ الكفيلِ وإنْ كان الدَّينُ مُؤجَّلاً))، وتمامُهُ في التّاسعِ والعشرينَ مِن "نور العين"(٢). وفصَّلَ في "القنية"(٣): ((بأنَّه إنْ عُرِفَ المديونُ بالمَطلِ والتَّسويفِ يأخُذُ الكفيلَ وإلاّ فلا)) اهـ. فالأقوالُ ثلاثةٌ.

[٢٥٧٧١] (قولُهُ: واستحسَنَ إلخ) وفي "الظَّهيريَّة"(٤): ((قالت: زوجي يريدُ أنْ يغيبَ فخُذْ بالنَّفقةِ كفيلاً لا يُجيبُها الحاكمُ إلى ذلك؛ لأنَّها لم تَجِبْ بعدُ، واستحسَنَ "الإمامُ الثّاني" أَخْذَ الكفيلِ رفقاً بها، وعليه الفتوى، ويُجعَلُ كأنَّه كفَلَ بما ذابَ لها عليه)) اهـ "بحر"(٥) عندَ قولِهِ: ((وتَصِحُّ بالنَّفسِ وإنْ تعدَّدَتْ)). قال في "النَّهر"(٦): ((وظاهِرُهُ يُفيدُ أنَّه يكونُ كفيلاً بنفقتِها عندَ "الثّاني" ما دامَ غائباً، ووقَعَ في كثيرٍ مِن العباراتِ أنَّه استحسَنَ أَخْذَ الكفيلِ بنفقةِ شهرٍ، وقد قالوا ـ كما في "المجمع"ـ: لو كفَلَ لها بنفقةٍ كلَّ شهرٍ لَزِمَتْهُ ما دامَ النِّكاحُ بينَهما عندَ "أبي يوسفَ"، وقالا: يلزَمُهُ(٧) نفقةُ شهرٍ)) اهـ. وقدَّمَ "الشّارحُ"(٨) نحوَ هذا عن "الخانيَّة" عندَ قولِ "المصنِّف": ((وبِـ:ما بايعتَ فُلاناً فعليَّ))، لكنْ هذا فيما لو كفَلَ بلا إجبارٍ.

---

(١) صـ٣٨٤ـ "در".

(٢) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في الكفالة الفاسدة ق١٢٨/أ.

(٣) "القنية": كتاب الكفالة ـ باب ما يكون كفالة ق١٥٦/أ، نقلاً عن "فتاوى العصر" لعليّ السغديّ وعلاء الدين التاجريّ، وشمس الأئمة الحَلْوانيّ، ومجد الدين البخاريّ.

(٤) لم نعثر عليها في مظانها من "الفتاوى الظهيرية".

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٥.

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/ب باختصار.

(٧) في "ك": ((وقالا: لا يلزمه)) بزيادة ((لا))، وهو تحريف.

(٨) صـ٨٣ـ "در".

وقاسَ عليه في "المحيط" بقيَّةَ الدُّيونِ، لكنَّه مَعَ الفارقِ كما في "شرح الوهبانيَّة للشُّرنبلاليِّ"، لكنْ في "المنظومة المحبِّيَّة"[1]:

لو قالَ: مديُوني مُرادُهُ السَّفَرْ وأجَلُ الدَّينِ عليه ما استَقَرْ

وطَلَبَ التَّكفيلَ قالوا: يلزَمُ عليه إعطاءُ كفيلٍ يُعلَمُ

والظّاهرُ أنَّ ما وقَعَ في كثيرٍ مِن العباراتِ فيما إذا أرادَ القاضي إجبارَهُ على إعطاءِ كفيلٍ.

نَعَمْ في "نور العين"[2] عن "الخلاصة"[3]: ((لو عَلِمَ القاضي أنَّ الزَّوجَ يَمكُثُ في السَّفَرِ أكثرَ مِن شهرٍ يأخُذُ الكفيلَ بأكثرَ مِن شهرٍ عندَ "أبي يوسفَ")) اهـ.

[٢٥٧٧٢] (قولُهُ: وقاسَ عليه إلخ) في "البحر"[4] عن "المحيط" بعدَ ما مرَّ[5] عن "أبي يوسفَ": ((لو أُفتِيَ بقولِ "الثّاني" في سائرِ الدُّيونِ بأَخْذِ الكفيلِ كان حسَنًا رِفقاً بالنّاسِ)) اهـ، قال[6]: ((وفي "شرح المنظومة" لـ"ابن الشِّحنة"[7]: هذا ترجيحٌ مِن صاحبِ "المحيط")) اهـ. ومثلُهُ في "النَّهر"[8].

[٢٥٧٧٣] (قولُهُ: لكنَّه مع الفارقِ) عبارةُ "الشُّرنبُلاليِّ" في "شرحه": ((لكنَّ الفرقَ ظاهرٌ بينَ نفقةِ المرأةِ التي يُؤدِّي تَرْكُها إلى هلاكِها وبينَ دَيْنِ الغريمِ الذي ليس كذلك)) اهـ.

قلتُ: ورأيتُ بخَطِّ شيخِ مشايخِنا "التُّركُمانيِّ"[9]: ((وتعليلُ الرِّفقِ مِن صاحبِ "المحيط" و"الصَّدرِ الشَّهيد" يُفيدُ أنَّه لا فرقَ بينَ نفقةِ المرأةِ وبينَ دَيْنِ الغريمِ، وأيُّ رِفقٍ في أنْ يُقالَ لصاحبِ الدَّينِ: سافِرْ معه إلى أنْ يَحِلَّ الأجلُ؛ إذ ربَّما يصرِفُ في السَّفَرِ أكثرَ مِن دَيْنِهِ؟ فلو أُفتِيَ

---

(١) "المنظومة المحبية": فصل من كتاب الكفالة صـ٥٣-٥٤، بتصرف وترتيب آخر للأبيات.

(٢) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في التصرفات الفاسدة وأحكامها ـ الكفالة الفاسدة ق١٢٨/أ.

(٣) "الخلاصة": كتاب النكاح ـ الفصل التاسع عشر في النفقات ق٨٩/ب بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٥.

(٥) في المقولة السابقة.

(٦) أي: صاحب "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٥.

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ١/٢٨٤.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٣/ب.

(٩) هو علي بن محمد بن سالم التركمانيّ، أمين الفتوى بدمشق (ت١١٨٢هـ)، له تعليقاتٌ وحواشٍ كثيرةٌ على الكتب. (عقود اللآلي في الأسانيد العوالي" لابن عابدين صـ١٩ ـ ٢٢).

لو حُبِسَ الكفيلُ قالوا: جازَ لَهْ إذا أرادَ حَبْسَ مَن قد كفلَهْ

لأنَّه قد كان ذا لأجلِهِ حُبِسَ فلْيُجازِهِ بفعلِهِ

ثمَّ الكفيلُ إنْ يَمُتْ قبلَ الأجلْ لاشكَّ أنَّ الدَّينَ في ذا الحالِ حَلْ

عليه فالوارثُ إن أدّاهُ لم يرجعْ به مِن قبلِ ما التّأجيلُ تمْ

بقولِ صاحبِ [٣/ق١٨٥/أ] "المحيط" و"حسامِ الدِّين الشَّهيد" و"المنتقى" و"المحبِّيَّة" كان حسَناً، وفيه حفظٌ لحُقوقِ العبادِ مِن الضَّياعِ والتَّلَفِ خُصوصاً في هذا الزَّمانِ)) اهـ. ونحوُهُ في "مجموعة السّائحانيِّ"، وإليه يميلُ كلامُ "الشّارحِ" بقرينةِ الاستدراكِ عليه، وفي "البِيريِّ" عن "خزانة الفتاوى": ((يأخُذُ كفيلاً أو رهناً بحقِّهِ وإنْ كان ظاهرُ المذهبِ عَدمَهُ، لكنَّ المصلحةَ في هذا؛ لِما ظهَرَ مِن التَّعنُّتِ والجَورِ في النّاسِ)) اهـ. ثمَّ رأيتُ المفتيَ "أبا السُّعود" أفتَى به في "معروضاته". ٤/٢٨٥

[٢٥٧٧٤] (قولُهُ: لو حُبِسَ الكفيلُ[١] إلخ) تقدَّمَ[٢] هذا في قولِ "المتنِ": ((وإذا حبَسَهُ له حَبْسُهُ))، وتقدَّمَ[٣] بيانُ شروطِهِ. وقولُهُ: ((حَبْسَ)) بالنّصبِ؛ لأنَّه تنازَعَ فيه ((جازَ)) و((أرادَ))، وأعمَلَ الثّانيَ وأضمَرَ للأوَّلِ مرفوعَهُ، ولو أعمَلَ الأوَّلَ لوجَبَ أنْ يُقالَ: وأرادَهُ، بإبرازِ الضَّميرِ، فافهمْ.

[٢٥٧٧٥] (قولُهُ: ثمَّ الكفيلُ إلخ) تقدَّمَ[٤] هذا أيضاً عندَ قولِ "المصنِّف": ((وإذا حَلَّ على الكفيلِ بموتِهِ لا يَحِلُّ على الأصيلِ)).

[٢٥٧٧٦] (قولُهُ: مِن قبلِ ما التّأجيلُ تمْ) ((ما)) مصدريَّةٌ، و((التّأجيلُ)) فاعلٌ لفعلٍ محذوفٍ دَلَّ عليه المذكورُ وهو ((تمْ))، فافهمْ، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

---

(١) في "النسخ جميعها": ((المديون))، وما أثبتناه من "المنظومة المحبية"، وهو الموافق "لنسخ الدر".

(٢) صـ١٢٨ـ "در".

(٣) المقولة [٢٥٦٢٠] قوله: ((هذا إذا كفَلَ بأمرِهِ إلخ)).

(٤) صـ٣٩ـ "در".

﴿بابُ كفالة الرَّجلين﴾

(دَيْنٌ عليهما لآخَرَ) بأن اشتَرَيا مِنه عبداً بمائةٍ (وكفَلَ كلٌّ عن صاحبِهِ) بأمرِهِ......

﴿بابُ كفالة الرَّجلين﴾

شُروعٌ فيما هو كالمُركَّبِ بعدَ الفراغِ مِن المفردِ، "ط"[١].

[٢٥٧٧٧] (قولُهُ: بأن اشتَرَيا مِنه عبداً بمائةٍ) أشارَ إلى استواءِ الدَّيْنَينِ صفةً وسبَباً، فلو اختَلَفا صفةً بأنْ كان ما عليه ـ أي: ما على المؤدِّي ـ مُؤجَّلاً وما على صاحبِهِ حالاًّ، فإذا أدَّى صحَّ تعيينُهُ عن شريكِهِ ورجَعَ به عليه، وعلى عكسِهِ لا يرجِعُ؛ لأنَّ الكفيلَ إذا عجَّلَ دَيْناً مُؤجَّلاً ليس له الرُّجوعُ على الأصيلِ قبلَ الحُلولِ، ولو اختَلَف سببُهما نحوُ أنْ يكونَ ما على أحدِهما قَرْضاً وما على الآخَرِ ثمنَ مبيعٍ فإنَّه يَصِحُّ تعيينُ المؤدِّي؛ لأنَّ النِّيَّةَ في الجنسَينِ المختلِفَينِ مُعتبَرةٌ، وفي الجنسِ الواحدِ لغوٌ، "بحر"[٢] عن "الفتح"[٣].

[٢٥٧٧٨] (قولُهُ: وكفَلَ كلٌّ عن صاحبِهِ) فلو كفَلَ أحدُهما عن صاحبِهِ دونَ الآخَرِ وأدَّى الكفيلُ فجعَلَهُ عن صاحبِهِ فإنَّه يُصدَّقُ، "بحر"[٤].

[٢٥٧٧٩] (قولُهُ: بأمرِهِ) وإلاّ فلا رُجوعَ بشيءٍ أصلاً.

﴿بابُ كفالة الرَّجلين﴾

(قولُهُ: فلو كفَلَ أحدُهما عن صاحبِهِ دونَ الآخَرِ إلخ) هذه المسألةُ واردةٌ على توجيهِ مسألةِ "المصنِّف" بما ذكَرَهُ "الشّارحُ"؛ إذ مُقتضاهُ أنْ لا يَصِحَّ تعيينُهُ أيضاً فيها، إلاّ أنَّ العِلَّةَ الثّانيةَ ظاهرةٌ فيها.

---

(١) "ط": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ١٦٥/٣.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ٢٦٢/٦.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٣٣٧/٦.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ٢٦٣/٦.

(جازَ ولم يرجِعْ على شريكِهِ إلاّ بما أدّاهُ زائداً على النّصفِ)؛ لرُجحانِ جهةِ الأصالةِ على النِّيابةِ؛ ولأنّه لو رجَعَ بنصفِهِ لأدَّى إلى الدَّورِ، "درر"[1]. ....

[٢٥٧٨٠] (قولُهُ: زائداً على النِّصفِ) المرادُ أنْ يكونَ زائداً على ما عليه ولو كان دونَ النِّصفِ أو أكثرَ، "ط"[2].

[٢٥٧٨١] (قولُهُ: لرُجحانِ جهةِ الأصالةِ على النِّيابةِ) لأنَّ الأوَّلَ[3] دَيْنٌ عليه، والثّانيَ مُطالبةٌ بلا دَيْنٍ، ثمَّ هو تابعٌ فوجَبَ صَرْفُ المؤدَّى إلى الأقوى حتّى على القولِ بجعلِ الدَّينِ على الكفيلِ مع المطالبةِ، فإنَّ ما عليه بالأصالةِ أقوى، فإنَّ مَن اشتَرَى في مرضِ موتِهِ شيئاً كان مِن كلِّ المالِ ولو مديوناً، ولو كفَلَ كان مِن الثُّلثِ إلاّ إذا كان مديوناً فلا يَجُوزُ، أفادَهُ في "الفتح"[4].

[٢٥٧٨٢] (قولُهُ: لأدَّى إلى الدَّورِ) لأنّه لو جُعِلَ شيءٌ مِن المؤدَّى مِن[5] صاحبِهِ فلصاحبِهِ أنْ يقولَ: أداؤكَ كأدائي، فإنْ جعَلتَ شيئاً مِن المؤدَّى عنّي ورجَعتَ عليَّ بذلك فليَ أنْ أجعَلَ المؤدَّى عنك كما لو أدّيتُ بنفسي فيُفضي إلى الدَّورِ، كذا في "الكفاية"[6]، وذكَرَ في "الفتح"[7]: ((أنّه ليس المرادُ حقيقةَ الدَّورِ، فإنّه توقُّفُ الشَّيءِ على ما توقَّفَ عليه[8]، بل اللاّزمُ في الحقيقةِ التَّسلسُلُ في الرُّجوعاتِ بينَهما، فيَمتنِعُ الرُّجوعُ المؤدِّي إليه))، وتمامُهُ فيه.

---

(١) "درر": كتاب الكفالة ـ فصل: لهما دينٌ على آخر فكفل أحدهما بنصيب إلخ ٣٠٦/٢.

(٢) "ط": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ١٦٥/٣.

(٣) في "الأصل": ((الأولى)).

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٣٣٧/٦.

(٥) في النسخ جميعها ((عن))، وما أثبتناه من "الكفاية".

(٦) "الكفاية": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٣٣٨/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٧) "الفتح": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٣٣٨/٦.

(٨) عبارة "الفتح": ((ما يتوقف عليه)).

(وإنْ كَفَلا عن رَجلٍ بشيءٍ بالتَّعاقُبِ) بأنْ كان على رَجلٍ دَيْنٌ فكفَلَ عنه رَجلانِ كلُّ واحدٍ مِنهما بجميعِهِ مُنفرِداً (ثمَّ كفَلَ كلٌّ) مِن الكفيلَينِ (عن صاحبِهِ) بأمرِهِ ....

[٢٥٧٨٣] (قولُهُ: كلُّ واحدٍ مِنهما بجميعِهِ مُنفرِداً) قيَّدَ بقولِهِ: ((بجميعِهِ)) للاحترازِ عمّا لو تكفَّلَ كلُّ واحدٍ مِنهما بالنِّصفِ ثمَّ تكفَّلَ كلٌّ عن صاحبِهِ، فهي كالمسألةِ الأُولى في الصَّحيحِ، فلا يرجِعُ حتّى يَزيدَ على النِّصفِ. وبقولِهِ: ((مُنفرِداً)) ـ وهو حالٌ مِن ((كلٌّ)) ـ للاحترازِ عمّا لو تكفَّلا عن الأصيلِ بجميعِ الدَّينِ معاً ثمَّ تكفَّلَ كلُّ واحدٍ مِنهما عن صاحبِهِ فهو كذلك؛ لأنَّ الدَّينَ ينقسِمُ عليهما نصفينِ، فلا يكونُ كفيلاً عن الأصيلِ بالجميعِ كما في "البحر"[(١)]، وفي "نور العين"[(٢)] عن "النِّهاية" عن "الشّافي"[(٣)]: ((ثلاثةٌ كَفَلُوا بألفٍ يُطالَبُ كلُّ واحدٍ بثُلثِ الألفِ، وإنْ كَفَلُوا على [٣/ق١٨٥/ب] التَّعاقُبِ يُطالَبُ كلُّ واحدٍ بالألفِ، كذا ذكَرَهُ "شمسُ الأئمَّة السَّرَخسيُّ"[(٤)] و"المرغينانيُّ" و"التُّمُرتاشيُّ")) اهـ.

[٢٥٧٨٤] (قولُهُ: ثمَّ كفَلَ كلٌّ مِن الكفيلَينِ عن صاحبِهِ) قيَّد به لأنَّه بدونِ ذلك لا رُجوعَ لأحدِهما على الآخَرِ، وفي "الهنديَّة"[(٥)] عن "المحيط"[(٦)]: ((كفَلَ ثلاثةٌ عن رجلٍ بألفٍ فأدَّى أحدُهم بَرِؤوا جميعاً، ولا يرجِعُ على صاحبيهِ بشيءٍ، ولو كان كلُّ واحدٍ كفيلاً عن صاحبِهِ رجَعَ المؤدِّي عليهما بالثُّلثينِ، ولصاحبِ المالِ أنْ يُطالِبَ كلَّ واحدٍ مِنهم بالألفِ، هذا إذا ظَفِرَ ـ أي: المؤدِّي ـ بالكفيلَينِ، فإنْ ظَفِرَ بأحدِهما رجَعَ عليه بالنِّصفِ، ثمَّ رَجَعا على الثّالثِ بالثُّلثِ، ثمَّ رجَعُوا جميعاً على الأصيلِ بالألفِ، وإنْ ظَفِرَ بالأصيلِ قبلَ أنْ يظفَرَ بصاحبِهِ رجَعَ عليه بجميعِ الألفِ)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ٦/٢٦٣.

(٢) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في التصرفات الفاسدة وأحكامها ق١٢٧/ب.

(٣) لعله لشمس الأئمة الكردريّ، وتقدمت ترجمته ١٢/٢٠٦.

(٤) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب الكفالة بالنفس إلخ ١٩/١٨٢ ـ ١٨٣.

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب الكفالة ـ الباب الرابع في كفالة الرجلين ٣/٢٨٤.

(٦) أي: "محيط السرخسي"، كما في "الفتاوى الهندية".

بالجميعِ، وبهذه القيودِ خالَفَتِ الأُولى، (فما أدَّى[١]) أحدُهُما (رجَعَ بنصفِهِ على شريكِهِ)؛ لكونِ الكلِّ كفالةً هنا، (أو) يرجعُ إنْ شاءَ (بالكلِّ على الأصيلِ)؛ لكونِهِ كفَلَ بالكلِّ بأمرِهِ. (وإنْ أَبرَأَ[٢] الطّالبُ أحدَهما أخذَ) الطّالبُ الكفيلَ (الآخرَ.....

[٢٥٧٨٥] (قولُهُ: بالجميعِ) احترازٌ عمّا لو تكفَّلَ كلٌّ عن الأصيلِ بالجميعِ مُتعاقِباً، ثمَّ كفَلَ كلٌّ واحدٍ مِنهما عن صاحبِهِ بالنِّصفِ، فإنّه كالأُولى كما في "البحر"[٣].

[٢٥٧٨٦] (قولُهُ: وبهذه القيودِ) أي: كونِ كفالةِ كلٍّ مِنهما عن الأصيلِ بالجميعِ، وكونِها على التّعاقُبِ، وكونِ كفالةِ كلِّ واحدٍ مِنهما عن صاحبِهِ بالجميعِ أيضاً.

[٢٥٧٨٧] (قولُهُ: خالَفَتِ الأُولى) أي: في الحُكمِ، وإلاّ فالموضوعُ مُختلِفٌ، فإنَّ أصلَ الدَّينِ في الأُولى عليهما لآخَرَ، وفي الثّانيةِ على غيرِهما وقد كَفَلا به.

[٢٥٧٨٨] (قولُهُ: رجَعَ بنصفِهِ على شريكِهِ) أي: ثمَّ يرجعانِ على الأصيلِ؛ لأنّهما أدَّيا عنه أحدُهما بنفسِهِ والآخَرُ بنائبِهِ، "بحر"[٣].

[٢٥٧٨٩] (قولُهُ: لكونِ الكلِّ كفالةً هنا) أي: ما عن نفسِهِ وما عن الكفيلِ الآخَرِ، فلا ترجيحَ للبعضِ على البعضِ ليقعَ النِّصفُ الأوَّلُ عن نفسِهِ خاصَّةً، بخلافِ ما تقدَّمَ[٤]، وتمامُهُ في "الفتح"[٥]. ٤/٢٨٦

[٢٥٧٩٠] (قولُهُ: أخَذَ الآخَرَ) ضبطَهُ في "النّهر"[٦] بالمدِّ، وهو غيرُ مُتعيِّنٍ، ففي "المصباح"[٧]: ((أخَذَهُ اللهُ: أهلَكَهُ، وأخَذَهُ بذَنْبِهِ: عاقَبَهُ عليه، وآخَذَهُ بالمدِّ مُؤاخَذَةً كذلك)) اهـ.

---

(١) في "و": ((أداه)).

(٢) في "د" : ((إبراء)).

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ٦/٢٦٣.

(٤) صـ١٩٥ـ وما بعدها "در".

(٥) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٦/٣٣٩.

(٦) هذا الموضع ساقط من مخطوطة "النهر" التي بين أيدينا.

(٧) "المصباح": مادة ((أخذ)).

بكلِّهِ) بحُكمِ[١] كفالتِهِ. (ولو افترَقَ المفاوِضانِ) وعليهما دَيْنٌ (أخَذَ الغريمُ أيّاً) شاءَ (مِنهما بكلِّ الدَّينِ)؛ لتضَمُّنِها الكفالةَ كما مرَّ، (ولا رُجوعَ) على صاحبِهِ (حتّى يُؤدِّيَ أكثرَ مِن النِّصفِ)؛ لِما مرَّ. ....

[٢٥٧٩١] (قولُهُ: بكلِّهِ) لأنَّ إبراءَ الكفيلِ لا يُوجِبُ إبراءَ الأصيلِ، والثّاني كفيلٌ عنه بكلِّهِ فيأخُذُهُ بكلِّهِ، "نهر"[٢].

[٢٥٧٩٢] (قولُهُ: ولو افترَقَ المفاوِضانِ) قيَّدَ بالمفاوِضَينِ لأنَّ شَريكَي العِنانِ لو افترَقا وثَمَّةَ دَيْنٌ لم يأخُذِ الغريمُ أحدَهما إلاّ بما يَخُصُّهُ، "نهر"[٣].

[٢٥٧٩٣] (قولُهُ: أخَذَ الغريمُ) يُطلقُ الغريمُ على مَن له الدَّينُ ومَن عليه، كما في "ط"[٤] عن "الدُّستور"[٥].

[٢٥٧٩٤] (قولُهُ: لتضَمُّنِها الكفالةَ) ولا تبطُلُ بالافتراقِ، "ط"[٦] عن "الإتقانيِّ".

[٢٥٧٩٥] (قولُهُ: كما مرَّ) أي: في كتابِ الشَّرِكةِ[٧].

[٢٥٧٩٦] (قولُهُ: لِما مرَّ[٨]) أي: في المسألةِ الأُولى مِن أنَّه أصيلٌ في النِّصفِ وكفيلٌ في الآخَرِ، فما أدَّى يُصرَفُ إلى ما عليه بحَقِّ الأصالةِ، فإنْ زادَ على النِّصفِ كان الزّائدُ عن الكفالةِ فيرجِعُ، "نهر"[٩].

---

(١) في " ط": ((يحكم)) بالياء المثناة، وهو خطأ.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ق٤٢٣/أ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ق٤٢٣/أ.

(٤) "ط": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٣/١٦٥.

(٥) لعلّه "دستور اللغة" لأبي عبد الله حسين بن إبراهيم، بديع الزمان النَّطَنْزيّ الأصبهانيّ (ت٤٩٩هـ). ("كشف الظنون" ١/٧٥٤، "بغية الوعاة" ١/٥٢٨، "الأعلام" ٢/٢٢٩).

(٦) "ط": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٣/١٦٥.

(٧) ١٣/٢٧٨ ـ ٢٧٩ "در".

(٨) صـ١٩٥ـ وما بعدها "در".

(٩) "النهر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ق٤٢٣/أ.

(كاتَبَ عبدَيهِ كتابةً واحدةً وكفَلَ كلٌّ) مِن العبدَينِ (عن صاحبِهِ صحَّ) استحساناً، (و) حينئذٍ فـ(ما أدَّى أحدُهُما رجَعَ) على صاحبِهِ (بنصفِهِ)؛ لاستوائهما، (ولو أعتَقَ) المولَى (أحدَهما) والمسألةُ بحالِها (صحَّ، وأخَذَ[1] أيّاً شاءَ مِنهما بحصَّةِ مَن لم يُعتِقْهُ)، المُعتَقَ بالكفالةِ والآخَرَ بالأصالةِ،.........................

[٢٥٧٩٧] (قولُهُ: كتابةً واحدةً) بأنْ قال: كاتبتُكما على ألفٍ إلى سنةٍ. قيَّدَ بالواحدةِ لأنَّه لو كاتَبَ كلاً على حِدَةٍ فكفَلَ كلٌّ مِنهما عن صاحبِهِ ببدَلِ الكتابةِ للمولَى لا يَصِحُّ قياساً واستحساناً. اهـ "كفاية"[2].

[٢٥٧٩٨] (قولُهُ: صحَّ استحساناً) والقياسُ: أنْ لا يَصِحَّ؛ لأنَّه شرَطَ فيه كفالةَ المُكاتَبِ والكفالةَ ببدَلِ الكتابةِ، وكلُّ ذلك باطلٌ، فيكونُ شرطُها في الكتابةِ مُفسِداً. وجهُ الاستحسان: أنَّ هذا عَقْدٌ يحتمِلُ الصِّحَّةَ بأنْ يُجعَلَ كلُّ واحدٍ في حَقِّ المولَى كأنَّ المالَ كُلَّهُ عليه وعِتْقُ الآخَرِ مُعلَّقاً بأدائِهِ، فيُطالَبُ كلٌّ مِنهما بجميعِ المالِ بحُكمِ الأصالةِ لا بحُكمِ الكفالةِ، وفي الحقيقةِ المالُ مُقابَلٌ بهما حتّى يكونُ مُنقِسماً عليهما، ولكنّا قدَّرْنا المالَ على كلِّ واحدٍ مِنهما تصحيحاً للكتابةِ، وفيما وراءَ ذلك العبرةُ للحقيقةِ، "كفاية"[2].

[٢٥٧٩٩] (قولُهُ: المُعتَقَ) مبنيٌّ للمجهولِ، و((الآخَرَ)) معطوفٌ عليه منصوبانِ على البدَلِيَّةِ مِن ((أيّاً شاءَ))، أو مرفوعانِ بفعلٍ محذوفٍ دَلَّ عليه المذكورُ، أو على الابتداءِ والخبرُ محذوفٌ، أي: مُؤاخَذٌ.

(قولُهُ: والقياسُ أنْ لا يَصِحَّ؛ لأنَّه شرَطَ فيه كفالةَ المكاتَبِ إلخ) الأَولى ما قالَهُ "الزَّيلعيُّ": ((لأنَّ فيه كفالةَ المكاتَبِ والكفالةَ ببدَلِ الكتابةِ، وكلٌّ مِنهما بانفرادِهِ باطلٌ، وعندَ الانفرادِ أَولى)) اهـ.

(قولُ "الشّارحِ": لاستوائهما) لكنْ مُقتضى ما قدَّمَهُ "الشّارحُ" مِن رُجحانِ جهةِ الأصالةِ على جهةِ النِّيابةِ أنَّه لا يرجِعُ إلاّ بما زادَ على نصيبِهِ.

---

(١) في "ب": ((آخذ)) بالمدّ.

(٢) "الكفاية": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٦/٣٤٠ بتصرف (ذيل "فتح القدير").

(فـإنْ آخَـذَ[1] المُعْتَـقَ رجَـعَ علـى صاحبِـهِ)؛ لكفالتِـهِ، (وإنْ آخَـذَ[1] الآخَـرَ لا)؛ لأصالتِهِ. (وإذا كفَلَ) شخصٌ (عن عبدٍ مالاً) موصوفاً بكونِهِ (لـم يظهَـرْ في حَـقِّ مولاهُ) بل في حَقِّهِ بعدَ عِتقِهِ (كـ: مالٍ لَزِمَهُ بإقرارِهِ، أو استقراضٍ، أو استهلاكِ وديعةٍ فهو) أي: المالُ المذكورُ (حالٌّ وإنْ لـم يُسـمِّهِ) أي: الحُلـولَ؛ لحُلولِـهِ علـى العبدِ وعَدَمُ مُطالبتِهِ لعُسرَتِهِ، والكفيلُ غيرُ مُعسِرٍ، ....

[٢٥٨٠٠] (قولُهُ: لكفالتِهِ) أي: يرجِعُ بما أدّاهُ عنه مِن بدَلِ الكتابةِ؛ لكفالتِهِ بـأمرِهِ، وجـازَتِ الكفالةُ ببدَلِ الكتابةِ هنا؛ لأنَّها في حالةِ البقاءِ، وفي الابتداءِ كان كلُّ المالِ عليه، "نهر"[2].

[٢٥٨٠١] (قولُهُ: لم يظهَرْ في حَقِّ مولاهُ إلخ) أفادَ أنَّ حُكمَ ما يظهَرُ ـ وهو ما يؤاخَـذُ به للحالِ ـ كذلك بالأَولى [٣/ق١٨٦/أ] كدَيْنِ الاستهلاكِ عِياناً، وما لَزِمَهُ بالتِّجارةِ بإذنِ المولَى، وجعَلَهُ "الزَّيلعيُّ"[3] قيداً احترازيّاً، وهو سَهْوٌ، "بحر"[4].

[٢٥٨٠٢] (قولُهُ: لَزِمَهُ بإقرارِهِ) أي: وكذَّبَهُ المولَى، "بحر"[4].

[٢٥٨٠٣] (قولُهُ: أو استقراضٍ) أي: أو بَيْعٍ، وهو مَحجورٌ عليه، "بحر"[4].

[٢٥٨٠٤] (قولُهُ: لحُلولِهِ على العبدِ) لوُجودِ السَّببِ وقَبولِ الذِّمَّةِ، "بحر"[4].

[٢٥٨٠٥] (قولُهُ: وعَدَمُ مُطالبتِهِ لعُسرتِهِ) إذ جميعُ ما في يدِهِ مِلكُ المولَى ولم يَرْضَ بتعلُّقِ الدَّينِ به، "فتح"[5].

[٢٥٨٠٦] (قولُهُ: والكفيلُ غيرُ مُعسِرٍ) فالمانعُ الذي تحقَّقَ في الأصيلِ مُنتَفٍ عن الكفيلِ

---

(١) في "ط": ((أخذ)).

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ق٤٢٣/ب.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ٤/ ١٧٠.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ٦/ ٢٦٤.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ـ باب كفالة العبد وعنه ٦/ ٣٤٢.

ويرجعُ بعدَ عِتقِهِ لو بأمرِهِ، ولو كفَلَ مؤجَّلاً تأجَّلَ كما مرَّ. ....

مع وُجودِ المقتضي، وهو الكفالةُ المطلقةُ بمالٍ غيرِ مُؤجَّلٍ، فيُطالَبُ به في الحالِ كما لو كفلَ عن مُفلسٍ أو غائبٍ يلزَمُهُ في الحالِ مع أنَّ الأصيلَ لا يلزَمُهُ، وتمامُهُ في "الفتح"[(١)].

[٢٥٨٠٧] (قولُهُ: ويرجعُ بعدَ عِتقِهِ) لأنَّ الطَّالبَ لا يرجعُ عليه إلاّ بعدَ العِتقِ، فكذا الكفيلُ؛ لقيامِهِ مَقامَهُ، "بحر"[(٢)]. وقولُهُ: ((لو بأمرِهِ)) أي: لو كانتِ الكفالةُ بأمرِ العبدِ.

وبَقِيَ ما لو كفَلَ بدَيْنِ الاستهلاكِ المُعايَنِ، قال في "الفتح"[(٣)]: ((ينبغي أنْ يرجعَ قبلَ العِتقِ إذا أدَّى؛ لأنَّه دَيْنٌ غيرُ مُؤخَّرٍ إلى العِتقِ، فيُطالَبُ السَّيِّدُ بتسليمِهِ رَقَبَتَهُ أو القضاءِ عنه، وبحَثَ أهلُ الدَّرسِ: هَلِ المُعتبَرُ في هذا الرُّجوعِ الأمرُ بالكفالةِ مِن العبدِ أو السَّيِّدِ؟ وقَوِيَ عندي الثَّاني؛ لأنَّ الرُّجوعَ في الحقيقةِ على السَّيِّدِ)) اهـ. قال في "النَّهر"[(٤)]: ((ورأيتُ مُقيَّداً عندي أنَّ ما قَوِيَ عندَهُ هو المذكورُ في "البدائع"[(٥)])). قال "ط"[(٦)]: ((فلو كانت بأمرِ العبدِ لا يرجِعُ عليه إلاّ بعدَ العِتقِ، فالحاصلُ: أنَّ ضمانَ العبدِ فيما لا يُؤاخَذُ به حالاً صحيحٌ، والرُّجوعُ عليه بعدَ العِتقِ إنْ كان بأمرِهِ وضمانِهِ فيما يُؤاخَذُ[(٧)] به حالاً: إنْ كان بأمرِ السَّيِّدِ صحَّ ورجَعَ به حالاً عليهِ، وإنْ كان بأمرِ العبدِ صحَّ ورجَعَ به عليه بعدَ العِتقِ، كذا يُؤخَذُ مِن كلامِهم)) اهـ.

[٢٥٨٠٨] (قولُهُ: كما مرَّ) أي: عندَ قولِ "المتنِ"[(٨)]: ((ولا ينعكِسُ)) مِن قولِهِ: ((نَعَمْ لو تكفَّلَ بالحالِّ مُؤجَّلاً تأجَّلَ عنهما إلخ)).

---

(١) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ـ باب كفالة العبد وعنه ٦/٣٤٢.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ٦/٢٦٤.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ـ باب كفالة العبد وعنه ٦/٣٤٢.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ق٤٢٣/ب.

(٥) "البدائع": كتاب الكفالة ـ فصل: وأما رجوع الكفيل ٦/١٣.

(٦) "ط": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٣/١٦٦.

(٧) في "الأصل": ((لا يؤاخذ)) بزيادة ((لا))، وهو خطأ.

(٨) صـ١٣٤ـ "در".

(ادَّعَى) شخصٌ (رَقَبةَ عبدٍ فكفَلَ به رجلٌ، فماتَ) العبدُ (المكفُولُ) قبلَ تسليمِهِ، (فبرهَنَ المُدَّعي أنَّه) كان (له ضَمِنَ) الكفيلُ (قيمتَهُ)؛ لجوازِها بالأعيانِ المضمونةِ كما مرَّ[1].

(ولو ادَّعَى على عبدٍ مالاً فكفَلَ بنفسِهِ) أي: بنفسِ العبدِ (رجلٌ، فماتَ العبدُ بَرِئَ الكفيلُ) كما في الحُرِّ. ....

[٢٥٨٠٩] (قولُهُ: فماتَ العبدُ) بأنْ ثبتَ موتُهُ ببُرهانِ ذي اليَدِ أو بتصديقِ المُدَّعي، فلو لم يكنْ ثَمَّةَ بُرهانٌ ولا تصديقٌ لم يُقبَلْ قولُ ذي اليَدِ أنَّه ماتَ، بل يُحبَسُ هو والكفيلُ، فإنْ طالَ الحبسُ ضَمِنَ القيمةَ، وكذا الوديعةُ المجحودةُ، "نهر"[2] عن "النِّهاية".

[٢٥٨١٠] (قولُهُ: فبَرهَنَ المُدَّعي) قيَّدَ بالبُرهانِ لأنَّه لو ثبَتَ مِلكُهُ بإقرارِ ذي اليَدِ أو بنُكولِهِ لم يضمَنْ شيئاً، "نهر"[2].

[٢٥٨١١] (قولُهُ: لجوازِها بالأعيانِ المضمونةِ) أي: بنفسِها، وفيها يَجبُ على ذي اليَدِ رَدُّ العَينِ، فإنْ هلَكَتْ وجَبَ رَدُّ القيمةِ.

[٢٥٨١٢] (قولُهُ: ولو ادَّعَى على عبدٍ مالاً) أي: معلومَ القَدْرِ بأنْ قال: أخَذَ مِنِّي كذا بالغصبِ، أو استهلَكَهُ، "ط"[3].

[٢٥٨١٣] (قولُهُ: بَرِئَ الكفيلُ) أي: كما لو كان المكفُولُ بنفسِهِ حُرّاً، قال في "النَّهر"[4]: ((واعلَم أنَّ هاتينِ المسألتينِ مُكرَّرتانِ، أمّا الأُولى فلاستفادَتِها مِن قولِهِ فيما مرَّ: ومغصوب. وأمّا الثّانيةُ فلِما قدَّمَهُ مِن أنَّ الكفالةَ بالنَّفسِ تبطُلُ بموتِ المطلوبِ)) اهـ.

قال في "البحر"[5]: ((لكنْ ذكَرَ الثّانيةَ هنا ليُبيِّنَ الفرقَ بينَها[6] وبينَ الأُولى، وهو ظاهرٌ؛ لأنَّ المكفُولَ به في الأُولى رَقَبةُ العبدِ، وهي مالٌ، وهي لا تبطُلُ بهلاكِ المالِ بخلافِ الثّانيةِ)). ٤/٢٨٧

---

(١) صـ١١٠ـ "در".

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ق٤٢٣/ب.

(٣) "ط": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ١٦٦/٣.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ق٤٢٣/ب.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ٢٦٥/٦ باختصار.

(٦) في "الأصل": ((بينهما)).

(ولو كفَلَ عبدٌ غيرُ مديونٍ) مُستغرِقٍ (عن سيِّدِهِ بأمرِهِ) جازَ؛ لأنَّ الحَقَّ له، (فـ) إذا (عتَقَ فأدّاهُ، أو كفَلَ سيِّدُهُ عنه) ....

[٢٥٨١٤] (قولُهُ: ولو كفَلَ عبدٌ غيرُ مديونٍ مُستغرِقٍ إلـخ) بجرِّ ((مُستغرِقٍ)) بكسرِ الرَّاءِ على أنَّه صفةٌ لـ((مديونٍ))، ونِسبةُ الاستغراقِ إليه مَجازٌ؛ لأنَّ الدَّيـنَ استغرَقَهُ، أي: استغرَقَ رَقَبَتَهُ وما في يدِهِ، أو بفتحِ الرّاءِ. وقيَّدَ به لأنَّه لو كان عليه دَيْنٌ مُستغرِقٌ لم تلزَمْهُ الكفالةُ في رِقِّهِ، فإذا عَتَقَ لَزِمَتـهُ، كـذا في "كـافي الحـاكم"، أي: لأنَّ حَـقَّ الغُرَمـاءِ مُقـدَّمٌ، وحَقُّهم في قيمةِ رَقَبتِهِ يَبيعونَهُ بدَيْنِهم إنْ لم يَفْدِهِ سيِّدُهُ، وبعدَ العِتـقِ صـار الحَـقُّ في ذمَّتِـهِ، وأمّا إذا كان دَيْنُهُ غيرَ مُستغرِقٍ فالظّاهرُ أنَّه يُقدَّمُ دَيْنُ الغُرَماءِ والباقي للكفالةِ كما لو كفَلَ عن غيرِ سيِّدِهِ، قال في "الكافي": ((وكفالةُ العبدِ، والمدبَّرِ، وأُمِّ الولَدِ عن غيرِ السَّيِّدِ بنفـسٍ أو مالٍ بلا إذنِ السَّيِّدِ باطلةٌ حتّى يَعْتِقَ، فإذا عَتَقَ تلزَمُهُ، وإنْ أَذِنَ سيِّدُهُ جازَت إنْ لم يكنْ عليه [٣/ق١٨٦/ب] دَيْنٌ، ويُباعُ في دَيْنِ الكفالةِ، وإنْ كـان عليـه دَيـنٌ بُـدِئَ بدَيْنِـهِ قبـلَ دَيْـنِ الكفالةِ، ويسعَى المدبَّرُ وأُمُّ الولَدِ في الدَّيْنِ)) اهـ.

[٢٥٨١٥] (قولُهُ: لأنَّ الحَقَّ له) أي: إذا لم يكنْ على العبـدِ دَيـنٌ يكـونُ الحَـقُّ في ماليَّتِـهِ لمولاهُ، فصحَّ إذْنُهُ له في كفالتِهِ.

[٢٥٨١٦] (قولُهُ: فإذا عتَقَ فأدّاهُ) نَصٌّ علـى المُتوهَّـمِ، فإنَّـه إذا أدّاهُ حـالَ رِقِّـهِ لا يرجِـعُ بالأَولى، "ط"[1].

(قولُ "المصنِّف": ولو كفَلَ عبدٌ غيرُ مديونٍ إلخ) عَدَمُ رُجوعِ العبدِ بما أدّاهُ بعدَ عِتقِهِ لا فرقَ فيه بينَ ما إذا كان مديوناً أوْ لا. نَعَمْ، لُزومُ الكفالةِ حالَ الرِّقِّ يُشترَطُ له عَـدَمُ استغراقِهِ بـالدَّينِ، ولـذا في "الكـنز" لم يُقيِّدِ العبدَ بشيءٍ، و"الشّارحُ" أشارَ بقولِهِ: ((جازَ)) لفـائدةِ تقييـدِهِ بغيرِ المديـونِ وإنْ كـان لا فـائدةَ لـه بالنِّسبةِ للحُكمِ بعَدَمِ الرُّجوعِ.

---

(١) "ط": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٣/١٦٦.

بأمرِهِ (فأدّاهُ) ولو (بعدَ عِتقِهِ لم يرجِعْ واحدٌ مِنهما على الآخَرِ)؛ لانعقادِها غيرَ مُوجبةٍ للرُّجوعِ؛ لأنَّ كلاًّ مِنهما لا يستوجِبُ دَيْناً على الآخَرِ، فلا تنقلِبُ مُوجبةً له بعدَ ذلك، (كما لو كفَلَ رجلٌ عن رجلٍ بغيرِ أمرِهِ فبلَغَهُ فأجازَ) الكفالةَ (لم تكنِ الكفالةُ مُوجبةً للرُّجوعِ)، لِما قُلناهُ. (و) قالوا: (فائدةُ كفالةِ المولَى عن[1] عبدِهِ وُجوبُ مُطالبتِهِ بإيفاءِ الدَّينِ مِن سائرِ أموالِهِ، وفائدةُ كفالةِ العبدِ عن مولاهُ تعلُّقُهُ)

[٢٥٨١٧] (قولُهُ: بأمرِهِ) أي: بأمرِ العبدِ، وهذا زادَهُ في "النَّهر"[2]، وقال: ((هذا القيدُ لا بدَّ مِنه)) اهـ. ثمَّ رأيتُهُ مذكوراً في "شرح الجامع"[3] لـ"قاضي خان"، ولا يخفى أنَّه إذا لم يرجِعْ مع الأمرِ فعَدَمُ الرُّجوعِ بدونِهِ بالأَولى، ولعلَّ فائدتَهُ أنَّه مَحلُّ الخلافِ الآتي[4].

[٢٥٨١٨] (قولُهُ: لانعقادِها غيرَ مُوجبةٍ للرُّجوعِ إلخ) جوابٌ عن قولِ "زُفَرَ" بالرُّجوعِ لتحقُّقِ الموجِبِ له، وهو الكفالةُ بالأمرِ، والمانعُ هو الرِّقُّ وقد زالَ كما في "الهداية"[5].

[٢٥٨١٩] (قولُهُ: بعدَ ذلك) أي: بعدَ انعقادِها غيرَ مُوجبةٍ للرُّجوعِ.

[٢٥٨٢٠] (قولُهُ: كما لو كفَلَ إلخ) مِن تتمَّةِ الجوابِ، وهذه المسألةُ تقدَّمَت[6] عندَ قولِ "المصنِّف" في بابِ الكفالةِ: ((ولو كفَلَ بأمرِهِ رجَعَ عليه بما أدَّى إلخ)).

[٢٥٨٢١] (قولُهُ: لِما قُلناهُ) أي: مِن قولِهِ: ((لانعقادِها غيرَ مُوجبةٍ إلخ)).

[٢٥٨٢٢] (قولُهُ: مِن سائرِ أموالِهِ) بخلافِ ما إذا لم يكفُلْ، فإنَّه لا يلزَمُهُ عَيناً إلاَّ أنْ يُسلِّمَهُ لِيُباعَ، وقد لا يفي ثَمنُهُ بالدَّينِ، فلا يَصِلُ الغُرَماءُ إلى تمامِ الدَّينِ، وبالكفالةِ يَصِلُونَ، "فتح"[7].

---

(١) ((عن)) ليست في "د".

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين والعبدين ق٤٢٣/ب.

(٣) "شرح الجامع الصغير": كتاب الكفالة ـ باب كفالة العبد ٢/ق٨٧/ب.

(٤) في المقولة التالية.

(٥) "الهداية": كتاب الكفالة ـ باب كفالة العبد وعنه ٣/٩٨.

(٦) صـ١٢١ـ وما بعدها "در".

(٧) "الفتح": كتاب الكفالة ـ باب كفالة العبد وعنه ٦/٣٤٤.

أي: الدَّينِ (برَقَبتِهِ). وهذا لم يُثبِتْهُ "المصنِّف" متناً في "شرحِهِ"، واللهُ سبحانَهُ وتعالى أعلَمُ بالصَّوابِ.

[٢٥٨٢٣] (قولُهُ: برَقَبتِهِ) أي: فيثبُتُ لهم بَيْعُهُ إنْ لم يَفْدِهِ المولَى، ولذا اشتُرِطَ أنْ لا يكونَ مديوناً كما مرَّ[1]، وبدونِ الكفالةِ ليس لهم ذلك.

[٢٥٨٢٤] (قولُهُ: وهذا) أي: قولُهُ: ((فائدةُ كفالةِ المولَى إلخ)).

[٢٥٨٢٥] (قولُهُ: في "شرحِهِ") وأثبتَهُ شرحاً[2]، وهو موجودٌ فيما رأيتُهُ مِن نُسَخِ "المتنِ" المجرَّدةِ، "ط"[3]، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

---

(١) المقولة [٢٥٨١٤] قوله: ((ولو كفل عبدٌ غيرُ مديونٍ مستغرقٍ إلخ)).

(٢) هذا الموضع ساقط من مخطوطة "المنح" التي بين أيدينا.

(٣) "ط": كتاب الكفالة ـ باب كفالة الرجلين ٣/١٦٦.

﴿كتابُ الحوالة﴾

(هي) لغةً: النَّقلُ، وشرعاً: (نقلُ الدَّينِ مِن ذمَّةِ المُحيلِ إلى ذمَّةِ المُحتالِ[1] عليه)،........

بسم الله الرَّحمن الرَّحيم

﴿كتابُ الحوالة﴾

كلٌّ مِن الحوالةِ والكفالةِ عَقْدُ التزامِ[2] ما على الأصيلِ؛ للتَّوثُّقِ، إلاّ أنَّ الحوالةَ تتضمَّنُ إبراءَ الأصيلِ إبراءً مُقيَّداً كما سيجيءُ، فكانت كالمُركَّبِ مع المفردِ، والثَّاني مُقدَّمٌ، فلَزِمَ تأخيرُ الحوالةِ، "نهر"[3].

[٢٥٨٢٦] (قولُهُ: هي لغةً: النَّقلُ) أي: مُطلقاً، لدَيْنٍ أو عَيْنٍ، وهي اسمٌ مِن الإحالةِ، ومِنه يُقال: أَحَلتُ زيداً على عمرٍو فاحتالَ، أي: قَبِلَ، وفي "المغرب"[4]: ((تركيبُ الحوالةِ يدُلُّ على الزَّوالِ والنَّقلِ، ومِنه التَّحويلُ، وهو نقلُ الشَّيءِ مِن مَحلٍّ إلى مَحلٍّ))، وتمامُهُ في "الفتح"[5].

[٢٥٨٢٧] (قولُهُ: وشرعاً: نقلُ الدَّينِ إلخ) أي: مع المطالبةِ، وقيل: نقلُ المطالبةِ فقط، ونسَبَ "الزَّيلعيُّ"[6] الأوَّلَ إلى "أبي يوسفَ" والثَّانيَ إلى "محمَّدٍ". وجهُ الأوَّلِ دِلالةُ الإجماعِ على أنَّ المُحتالَ لو أبرَأَ المُحالَ عليه مِن الدَّينِ أو وهَبَهُ مِنه صحَّ، ولو أبرَأَ المُحيلَ أو وهَبَهُ لم يَصِحَّ، وحكَى في "المجمع" خلافَ "محمَّدٍ" في الثَّانيةِ. ووجهُ الثَّاني دِلالةُ الإجماعِ أيضاً على أنَّ المُحيلَ إذا قضَى

﴿كتابُ الحوالة﴾

(قولُهُ: ونسَبَ "الزَّيلعيُّ" الأوَّلَ إلى "أبي يوسفَ") وعليه الفتوى، "سنديّ" عن "التَّتارخانيَّة".

---

(١) في "د": ((المُحال)).

(٢) في "م": ((التزم)).

(٣) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٤/أ.

(٤) "المغرب": مادة ((حول)) بتصرف.

(٥) انظر"الفتح": كتاب الحوالة ٣٤٥/٦.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب الحوالة ١٧٢/٤.

....

دَيْنَ الطّالبِ قبلَ أنْ يُؤدِّيَ المُحتالُ عليه لا يكونُ مُتطوِّعاً، ويُجبَرُ على القَبُول، وكذا المُحتالُ لو أَبرأَ المُحالَ عليه عن دَيْنِ الحوالةِ لا يَرتدُّ بالرَّدِّ، ولو وهَبَهُ منه ارتدَّ كما لو أَبرَأَ الطّالبُ الكفيلَ أو وهَبَهُ، ولو انتقلَ الدَّينُ إلى ذمَّتِهِ لَما اختلَفَ حُكمُ الإبراءِ والهبةِ، وكذا المُحالُ لو أَبرَأَ المُحالَ عليه لم يرجِعْ على المُحيلِ وإنْ كانت بأمرِهِ كالكفالةِ، ولو وهَبَهُ رجَعَ وإنْ لم يكنْ للمُحيلِ عليه دَيْنٌ، وتمامُهُ في البحر[1]. وظاهرُهُ اتِّفاقُ القولَينِ على هذه المسائلِ، ثمَّ ذكَرَ[2] ما يُفيدُ اتِّفاقَ القولَينِ أيضاً على عَودِ الدَّينِ بالتَّوَى، وعلى جَبْرِ المُحالِ على قَبُولِ الدَّينِ مِن المُحيلِ، وعلى قِسمةِ الدَّينِ بينَ غُرَماءِ المُحيلِ بعدَ موتِهِ قبلَ قَبْضِ المُحتالِ، وعلى أنَّ إبراءَ المُحالِ المُحالَ عليه لا يَرتدُّ بالرَّدِّ، وعلى أنَّ توكيلَ المُحالِ المُحيلَ بالقَبْضِ مِن المُحالِ عليه غيرُ صحيحٍ، وعلى أنَّ المُحتالَ لو وهَبَ الدَّينَ للمُحالِ عليه كان للمُحالِ عليه أنْ يرجِعَ على المُحيلِ، وعلى أنَّها تُفسَخُ بالفَسْخِ، وعلى عَدَمِ سُقوطِ حَقِّ حَبْسِ المبيعِ فيما إذا أحالَهُ المشتري، وكذلك لو كان عندَ المُحتالِ رَهنٌ للمُحيلِ لا يسقُطُ حَقُّ حَبْسِهِ، بخلافِ ما إذا كان المُحيلُ هو البائعَ على المشتري أو المُرتهنَ على الرّاهنِ فإنَّه يبطُلُ حَبْسُ المبيعِ والرَّهنِ؛ لسُقوطِ المطالبةِ، مع أنَّ هذه المسائلَ تُباينُ كونَها نقلاً للدَّينِ، ولكنِ اعتُبِرَتِ الحوالةُ تأجيلاً [٣/ق١٨٧/أ] إلى التَّوَى في بعضِ الأحكامِ، وجُعِلَ[3] النَّقْلُ للمُطالبةِ،

(قولُهُ: لا يكونُ مُتطوِّعاً إلخ) فيكونُ له الرُّجوعُ بدَيْنِهِ الذي له على المُحالِ عليه إنْ كان له دَيْنٌ.

(قولُهُ: ولو انتقلَ الدَّينُ إلى ذمَّتِهِ لَما اختلَفَ حُكمُ الإبراءِ والهبةِ) فإنَّ الإبراءَ حينئذٍ يكونُ تمليكَ الدَّينِ لِمَن الدَّينُ عليه، وهو يَرتدُّ بالرَّدِّ.

(قولُهُ: ولو وهَبَهُ رجَعَ إلخ) ولو كان الدَّينُ يتحوَّلُ لكان الإبراءُ والهبةُ سواءً في عَدَمِ الرُّجوعِ، قال في "الفتح" في هذه الصُّورةِ: ((ولو كان الدَّينُ يتحوَّلُ إلى ذمَّتِهِ كان الإبراءُ والهبةُ سواءً في حَقِّهِ فلا يرجِعُ)) اهـ. إذْ لو انتَقَلَ الدَّينُ على المُحالِ عليه لكانتِ الهبةُ إبراءً، فلا رُجوعَ كما ذكَرَهُ "السِّنديُّ".

---

(١) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٦٦.

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٦٧.

(٣) في "آ": ((حصل)).

وهل تُوجِبُ البراءةَ مِن الدَّينِ المُصحَّحِ؟ نَعَمْ، "فتح"[١]. (المديونُ مُحيلٌ، والدّائنُ مُحتالٌ، ومُحتالٌ له، ومُحالٌ، ومُحالٌ له)، ....

٢٨٨/٤ وفي بعضِها اعتُبِرَت إبراءً، وجُعِلَ النَّقلُ للدَّينِ أيضاً، وتمامُ التَّوجيهِ في "البحر"[٢]. وفي "الحامديَّة"[٣] عن "فتاوى قارئ الهداية"[٤]: ((إذا أحالَ الطّالبُ إنساناً على مديونِهِ وبالدَّينِ كفيلٌ بَرِئَ المديونُ مِن دَيْنِ المُحيلِ وبَرِئَ كفيلُهُ، ويُطالِبُ المُحتالُ الأصيلَ لا الكفيلَ؛ لأنَّه لم يضمَنْ له شيئاً، لكنَّها براءةٌ موقوفةٌ، وكذا إذا[٥] أحالَ المُرتهِنُ بدَيْنِهِ على الرّاهنِ بطَلَ حَقُّهُ في حَبْسِ الرَّهنِ، ولا يكونُ رهناً عندَ المُحتالِ)) اهـ. وفي هذه المسألةِ المُرتهِنُ هو المُحيلُ، وفيما مرَّ[٦] هو المُحتالُ، وعَلِمتَ وجهَ الفرقِ بينَهما، ويأتي أيضاً[٧]. ومسألةُ الكفالةِ في "البزّازيَّة"[٨]، وفيها[٨]: ((لو أحالَ الكفيلُ الطّالبَ بالمالِ على رجلٍ بَرِئَ الأصيلُ والكفيلُ، إلاّ أنْ يَشترِطَ الطّالبُ براءةَ الكفيلِ فقط فلا يبرأُ الأصيلُ)).

[٢٥٨٢٨] (قولُهُ: والدّائنُ مُحتالٌ، ومُحتالٌ له إلخ) يعني: يُطلَقُ عليه هذه الألفاظُ الأربعةُ في الاصطلاحِ، "درر"[٩]. وظاهرُهُ أنَّ اللُّغةَ بخلافِهِ، ولذا قال في "المعراج": ((قولُهم للمُحتالِ: المُحتالُ له لَغْوٌ؛ لأنَّه لا حاجةَ إلى هذه الصِّلةِ)). زادَ في "الفتح"[١٠]: ((بل الصِّلةُ مع المُحالِ عليه لفظةُ: عليه، فهما مُحتالٌ ومُحتالٌ عليه، فالفرقُ بينَهما بعَدَمِ الصِّلةِ وبصِلةِ: عليه)) اهـ.

---

(١) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٤٧/٦ بتصرف.

(٢) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٢٦٧/٦.

(٣) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الحوالة ٢٩٥/١.

(٤) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في "الحوالة صـ٧٢ ـ ٧٣ـ.

(٥) في "ك": ((إن)).

(٦) في هذه المقولة.

(٧) في المقولة الآتية.

(٨) "البزازية": كتاب الحوالة ٢٩/٦ ـ ٣٠ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "الدرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.

(١٠) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٤٥/٦.

ويُزادُ خامسٌ وهو: حَوِيلٌ، "فتح"، (ومَن يَقبَلُها مُحتالٌ عليه، ومُحالٌ عليه) فالفرقُ بالصِّلةِ،

قلتُ: ويمكنُ تصحيحُ كلامِهم، وذلك أنَّ الحوالةَ لغةً بمعنى النَّقلِ مُطلقاً كما مرَّ[1]، فالمديونُ يدفَعُ الطّالبَ عن نفسِهِ ويُسلِّطُهُ على غريمِهِ. وفي الاصطلاحِ: نقلُ الدَّينِ، وهو مِن أفرادِ المعنى اللُّغويِّ أيضاً. فعلى الأوَّلِ يُقالُ: مُحتالٌ لا غَيْرُ، وعلى الثّاني: مُحتالٌ له لا غَيْرُ؛ لأنَّ المُحيلَ بمعنى النّاقلِ، والمُحالَ عليه بمعنى المنقولِ عليه الدَّينُ، والدَّينُ منقولٌ، والطّالبُ مُحالٌ له، أي: منقولٌ لأجلِهِ، ولو قيل: مُحالٌ[2] بمعنى منقولٍ لم يَصِحَّ؛ لأنَّ المنقولَ هو الدَّينُ على هذا الوجهِ، بخلافِهِ على الأوَّلِ، فإنَّ المنقولَ هو ذاتُ الطّالبِ.

وبهذا ظهَرَ أنَّ قولَهم: مُحتالٌ ومُحتالٌ له مبنيٌّ على اختلافِ المرادِ في المنقولِ، هل هو ذاتُ الطّالبِ أو دَيْنُهُ؟ فافهمْ. نَعَمْ يَصِحُّ على الثّاني أنْ يُقالَ فيه: مُحتالٌ بطريقِ المجازِ، أي: مُحتالٌ دَيْنُهُ، وبه ظهَرَ أنَّه لا لَغْوَ[3] في كلامِهم، فاغتنمْ هذا التَّقريرَ.

[٢٥٨٢٩] (قولُهُ: ويُزادُ خامسٌ وهو: حَوِيلٌ) عبارةُ "الفتح"[4]: ((ويُقالُ للمُحتالِ: حَوِيلٌ أيضاً))، فما ذكَرَهُ "الشّارحُ" نقلٌ لعبارةِ "الفتح" بالمعنى، فافهمْ. ونقَلَ في "البحر"[5] عبارةً عن "تلخيص الجامع" فيها إطلاقُ الحَوِيلِ على المُحالِ عليه، قال "الرَّمليُّ": ((فلعلَّه يُطلقُ عليهما)).

[٢٥٨٣٠] (قولُهُ: فالفرقُ بالصِّلةِ) أي: باختلافِها، وهي ((اللاّمُ)) في الأوَّلِ و((على)) في الثّاني، وهذا على وُجودِها في الأوَّلِ، وقد عَلِمتَ وجهَ صحَّتِهِ. وأمّا على حذفِها المُفادِ بقولِهِ: ((وقد تُحذَفُ)) فالمرادُ أنَّ الفرقَ بالصِّلةِ وُجوداً وعَدَماً كما مرَّ[6] عن "الفتح"، فافهمْ.

(قولُهُ: فعلى الأوَّلِ يُقالُ: مُحتالٌ إلخ) المرادُ بالأوَّلِ المعنى اللُّغويُّ كما أنَّ المرادَ بالثّاني المعنى الشَّرعيُّ.

---

(١) المقولة [٢٥٨٢٦] قوله: ((هي لغةً: النَّقلُ)).

(٢) في "م": ((مجال)) بالجيم المعجمة، وهو خطأ.

(٣) في "آ": ((لا فرق)).

(٤) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٤٦/٦.

(٥) "البحر": كتاب الحوالة ٢٦٧/٦.

(٦) المقولة [٢٥٨٢٨] قوله: ((والدّائنُ مُحتالٌ ومُحتالٌ له إلخ)).

وقد تُحذَفُ مِن الأوَّلِ، (والمالُ مُحالٌ به. و) الحوالةُ (شُرِطَ لصحَّتِها رضا الكلِّ بلا خلافٍ إلاّ في الأوَّلِ) ....

[مطلب: شروط صحة الحوالة]

[٢٥٨٣١] (قولُهُ: والحوالةُ شُرِطَ لصحَّتِها إلخ) قال في النَّهر[1]: ((وشرطُ صحَّتِها في المُحيلِ: العقلُ، فلا تَصِحُّ حوالةُ مجنونٍ وصبيٍّ لا يَعقِلُ، والرِّضا، فلا تَصِحُّ حوالةُ المُكرَهِ، وأمّا البلوغُ فشرطٌ للنَّفاذِ، فصحَّةُ حوالةِ الصَّبيِّ العاقلِ موقوفةٌ على إجازةِ وليِّهِ. وليس مِنها الحرِّيَّةُ، فتَصِحُّ حوالةُ العبدِ مُطلقاً، غيرَ أنَّ المأذونَ يُطالَبُ للحالِ والمحجورَ بعدَ العِتقِ، ولا الصِّحَّةُ، فتَصِحُّ مِن المريضِ. وفي المُحتالِ: العقلُ، والرِّضا. وأمّا البلوغُ فشرطُ النَّفاذِ أيضاً، فانعقَدَ احتيالُ الصَّبيِّ موقوفاً على إجازةِ وليِّهِ إنْ كان الثّاني أَمْلَى[2] مِن الأوَّلِ كاحتيالِ الوصيِّ[3] بمالِ اليتيمِ. ومِن شرطِ صحَّتِها: المجلسُ، قال في "الخانيَّة"[4]: والشَّرطُ حضرةُ المُحتالِ فقط، حتّى لا تَصِحُّ في غَيبتِهِ إلاّ أنْ يَقبَلَ عنه آخَرُ، وأمّا غَيبةُ المُحتالِ عليه فلا تُمنَعُ، حتّى لو أحالَ عليه فبلَغَهُ فأجازَ صحَّ، وهكذا في "البزّازيَّة"[5]. ولا بدَّ في قَبولِها مِن الرِّضا، فلو أُكرِهَ على قَبولِها لم تَصِحَّ. وفي المُحالِ به أنْ يكونَ دَيْناً لازماً، فلا تَصِحُّ ببدَلِ الكتابةِ كالكفالةِ)) اهـ.

[٢٥٨٣٢] (قولُهُ: رضا الكلِّ) أمّا رضا الأوَّلِ فلأنَّ ذوي المُروءاتِ قد [٣/ق١٨٧/ب] يأنَفُونَ تحمُّلَ غيرِهم ما عليهم مِن الدَّينِ فلا بدَّ مِن رضاهُ، وأمّا رضا المُحتالِ؛ فلأنَّ فيها

(قولُهُ: غيرَ أنَّ المأذونَ يُطالَبُ للحالِ والمحجورَ بعدَ العِتقِ) معنى هذا: أنَّ العبدَ إذا أحالَ وتَوَى المالُ تتوجَّهُ المطالبةُ عليه للحالِ إنْ كان مأذوناً، وبعدَ العِتقِ إنْ كان محجوراً، وإلاّ فالكلامُ في شرطِ صحَّتِها بالنِّسبةِ للمُحيلِ. اهـ "حَمَويّ". وفي المنبع": ((غيرَ أنَّه إنْ كان مأذوناً يرجِعُ عليه المُحالُ عليه إذا أدَّى، وتتعلَّقُ برَقَبتِهِ إنْ لم يكنْ في يدِهِ ما يُوفي، وإنْ محجوراً يرجِعُ عليه بعدَ العِتقِ)) اهـ. وهذا أصوبُ.

---

(١) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٤/أ ـ ب.

(٢) في "م": ((أملأ)).

(٣) في "آ": ((الصبي))، وهو خطأ.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل الحوالة ٣/٧٢ ـ ٧٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وهو المُحيلُ، فلا يُشترَطُ على المختارِ، "شُرنبُلاليَّة"[١] عن "المواهب"، بل قال "ابنُ الكمالِ": ((إنَّما شرَطَهُ "القُدوريُّ"[٢] للرُّجوعِ عليه، فلا اختلافَ في الرِّوايةِ)) لكن استظهَرَ "الأكملُ" ....

انتقالَ حَقِّهِ إلى ذمَّةٍ أُخرى والذِّمَمُ مُتفاوتةٌ، وأمّا رضا الثّالثِ ـ وهو المُحتالُ عليه ـ فلأنّها إلزامُ الدَّينِ، ولا لُزومَ بلا التزامٍ، "درر"[٣].

قلتُ: نقَلَ "السّائحانيُّ" عن لُقَطَةِ "البحر"[٤]: ((إذا استدانَتِ الزَّوجةُ النَّفقةَ بأمرِ القاضي لها أنْ تُحيلَ على الزَّوجِ بلا رضاهُ)).

[٢٥٨٣٣] (قولُهُ: فلا يُشترَطُ على المختارِ) هو روايةُ "الزِّيادات"، قال فيها: ((لأنَّ التزامَ الدَّينِ مِن المُحتالِ عليه تصرُّفٌ في حَقِّ نفسِهِ، والمُحيلُ لا يتضرَّرُ بل فيه منفعةٌ؛ لأنَّ المُحالَ عليه لا يرجِعُ إذا لم يكنْ بأمرِهِ))، "درر"[٥].

[٢٥٨٣٤] (قولُهُ: للرُّجوعِ عليه) أي: رُجوعِ المُحالِ عليه على المُحيلِ، أو ليسقُطَ الدَّينُ الذي للمُحيلِ على المُحالِ عليه كما في "الزَّيلعيِّ"[٦]، أمّا بدونِ الرِّضا فلا رُجوعَ ولا سقُوطَ، وهو مَحمَلُ روايةِ "الزِّيادات".

[٢٥٨٣٥] (قولُهُ: لكن استظهَرَ "الأكملُ" إلخ) أي: في "العنايةِ"[٧]، وهو توفيقٌ آخَرُ بينَ روايتَي "الزِّيادات" و"القُدُوريِّ"، لكنْ لابدَّ فيه مِن ضَميمةِ التَّوفيقِ الأوَّلِ كما تعرِفُهُ.

(قولُهُ: وأمّا رضا الثّالثِ ـ وهو المُحتالُ عليه ـ فلأنّها التزامُ الدَّينِ إلخ) في "السِّنديِّ": ((والمذهبُ أنّه لابدَّ مِن رضا المُحالِ عليه، سواءٌ كان عليه دَيْنٌ أوْ لا، وسواءٌ كان المُحالُ به مثلَ الدَّينِ أوْ لا، "بحر")) اهـ.

---

(١) "الشرنبلالية": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢ (هامش "الدرر والغرر").
(٢) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب الحوالة ١٦٠/٢.
(٣) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.
(٤) "البحر": كتاب اللقطة ١٦٩/٥ بتصرف.
(٥) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.
(٦) "تبيين الحقائق": كتاب الحوالة ١٧٤/٤.
(٧) "العناية": كتاب الحوالة ٣٤٧/٦ (هامش "فتح القدير").

أنَّ ابتداءَها إنْ مِن المُحيلِ شُرِطَ ضرورةً وإلاّ لا، وأرادَ بالرِّضا القَبُولَ فإنَّ قَبُولَها في مجلسِ الإيجابِ شرطُ الانعقادِ، "بحر" عن "البدائع"، ....

[٢٥٨٣٦] (قولُهُ: شُرِطَ ضرورةً) لأنَّها إحالةٌ، وهي فعلٌ اختياريٌّ ولا يُتصوَّرُ بدونِ الإرادةِ والرِّضا، وهو مَحمِلُ روايةِ "القُدُوريّ". وقولُهُ: ((وإلاّ لا)) أي: إنْ لم يكنِ ابتداؤها مِن المُحيلِ بل مِن المُحالِ عليه تكونُ احتيالاً يَتِمُّ بدونِ إرادةِ المُحيلِ بإرادةِ المُحالِ عليه ورضاهُ، وهو وجهُ روايةِ "الزِّيادات"، "عناية"[١]. لكنْ لا يخفى أنَّه على الثّاني لا يثبُتُ للمُحالِ عليه الرُّجوعُ بما أدَّى، ولو كان عليه للمُحيلِ دَيْنٌ لا يسقُطُ إلاّ برضا المُحيلِ، فرجَعَ إلى التَّوفيقِ الأوَّلِ.

[٢٥٨٣٧] (قولُهُ: وأرادَ بالرِّضا القَبُولَ) أي: الذي هو أحدُ رُكنَي العَقدِ، فيُشترَطُ له المجلسُ؛ لأنَّ شطرَ العَقدِ لا يتوقَّفُ على قَبُولِ غائبٍ، بل يلغُو، بخلافِ الرِّضا الذي ليس ركنَ عَقْدٍ. ٤/٢٨٩

[٢٥٨٣٨] (قولُهُ: فإنَّ قَبُولَها إلخ) ذكَرَ في "البحر"[٢] أوَّلاً أنَّ مِن الشُّروطِ مجلسَ الحوالةِ، وقال: ((وهو شرطُ الانعقادِ في قولِهما خلافاً لـ"أبي يوسفَ"، فإنَّه شرطُ النَّفاذِ عندَهُ، فلو كان المُحتالُ غائباً عن المجلسِ فبلَغَهُ الخبرُ فأجازَ لم يَنعقِدْ عندَهما خلافاً له، والصَّحيحُ قولُهما)) اهـ.

(قولُهُ: لكنْ لا يخفى أنَّه على الثّاني لا يثبُتُ إلخ) القصدُ التَّوفيقُ بينَ روايتَي اشتراطِ رضا المُحالِ عليه وعَدَمِهِ، ولا شكَّ في حُصولِهِ بما قالَهُ "الأكملُ"، والرُّجوعُ وعَدَمُهُ شيءٌ آخَرُ لا تعرُّضَ له في الكلامِ وإنْ ثبَتَ إذا تحقَّقَتِ الحوالةُ مِن المُحيلِ، ولا يثبُتُ إذا لم تتحقَّقْ مِنه، تأمَّلْ. ثمَّ إنَّ ما ذكَرَهُ "الشّارحُ" مِن التَّوفيقَينِ لا يتأتَّى مع ما ذكَرَهُ في "الدُّرر" مِن علَّةِ اشتراطِ رضا المُحيلِ، فإنَّ مُقتضاها عَدَمُ صحَّةِ الحوالةِ بلا رضاهُ ولو كانت غيرَ مُوجِبةٍ للرُّجوعِ أو كان ابتداؤها مِن غيرِهِ.

(قولُ "الشّارحِ": فإنَّ قَبُولَها إلخ) الذي في نُسَخِ الخَطِّ: ((قَبُولَهما[٣]))، وهو أوجهُ في الاستدراكِ بما في "الدُّرر".

---

(١) "العناية": كتاب الحوالة ٦/٣٤٧ بتصرف (هامش "فتح القدير").

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٦٨.

(٣) الذي في نسختنا "د": ((قبولها)) بالإفراد، قال "ط" ٣/١٦٨: ((قوله: فإنَّ قبولهما، أي: المحتالِ والمحتالِ عليه، وفي نسخة: قبولها، أي: الحوالةِ)) اهـ.

لكنْ في "الدُّرر"[١] وغيرِها: ((الشَّرطُ قَبُولُ المُحتالِ........................

ثمَّ قال هنا[٢]: ((وأرادَ مِن الرِّضا القَبُولَ في مجلسِ الإيجابِ؛ لِما قدَّمناهُ أنَّ قَبُولَهما في مجلسِ الإيجابِ شرطُ الانعقادِ، وهو مُصرَّحٌ به في "البدائع"[٣])) اهـ. وما ذكَرَهُ في "البحر" أوَّلاً هو عبارةُ "البدائع"، فقولُهُ: ((لِما قدَّمناهُ أنَّ قَبُولَهما)) الظّاهرُ أنَّ الميمَ فيه زائدةٌ، وأنَّ الضَّميرَ فيه مُفرَدٌ عائدٌ للحوالةِ؛ لأنَّ المتبادرَ مِن كلامِ "البدائع" أنَّ اشتراطَ المجلسِ عندَهما إنَّما هو في المُحتالِ فقط بقرينةِ التَّفريعِ، ويأتي قريباً ما يُؤيِّدُهُ اهـ.

[٢٥٨٣٩] (قولُهُ: لكنْ في "الدُّرر" وغيرِها) أي: كـ: "الخانيَّة" و"البزّازيَّة"[٤] و"الخلاصة"[٥]، وعبارةُ "الخانيَّة"[٦]: ((الحوالةُ تَعتمِدُ قَبُولَ المُحتالِ له والمُحالِ عليه، ولا تَصِحُّ في غَيبةِ المُحتالِ له في قولِ "أبي حنيفةَ" و"محمَّدٍ" كما قُلنا في "الكفالة"[٧] إلاّ أنْ يَقبَلَ رجلٌ الحوالةَ للغائبِ، ولا تُشترَطُ حضرةُ المُحتالِ عليه لصحَّةِ الحوالةِ، حتّى لو أحالَهُ على رجلٍ غائبٍ ثمَّ عَلِمَ الغائبُ فقَبِلَ صحَّتِ الحوالةُ)) اهـ. ومرادُهُ بالقَبُولِ في قولِهِ: ((تَعتمِدُ قَبُولَ إلخ)) الرِّضا الأعمُّ مِن القَبُولِ المشروطِ له المَجْلِسُ بقرينةِ آخرِ العبارةِ، ولم يذكُرْ رضا المُحيلِ بناءً على روايةِ "الزِّيادات" أنَّه غيرُ شرطٍ، فتلخَّصَ مِن كلامِهِ أنَّ الشَّرطَ قَبُولُ المُحتالِ في المجلسِ ورضا المُحالِ عليه ولو غائباً،

(قولُهُ: فقولُهُ: لِما قدَّمناهُ أنَّ قَبُولَهما الظّاهرُ أنَّ الميمَ فيه زائدةٌ إلخ) قد يُقالُ: لا حاجةَ لدعوى الزِّيادةِ، والعبارةُ فيها تغليبٌ، والمرادُ بقَبُولِهما الإيجابُ والقَبُولُ، والقصدُ بيانُ اشتراطِ اتِّحادِ المجلسِ لهذا العقدِ، وهذا مُستفادٌ مِمّا ذكَرَهُ في "البحر" أوَّلاً.

(١) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٢٦٩/٦.

(٣) "البدائع": كتاب الحوالة ـ فصل: وأما الشرائط فأنواع ١٦/٦.

(٤) "البزازية": كتاب الحوالة ٢٤/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الخلاصة": كتاب الحوالة ق٢٥٥/أ.

(٦) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل الحوالة ٧٢/٣ ـ ٧٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ فصل في الكفالة بالمال ٦٣/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

أو نائبِهِ ورضا الباقِيَيْنِ،...

وهو ما لَخَّصَهُ في "النَّهر" كما مرَّ[١]. وظاهِرُهُ أنَّ خلافَ "أبي يوسفَ" في المُحتالِ فقط، فعندَهُ لا تُشترَطُ حضرتُهُ، بل يكفي رضاهُ كالمُحالِ عليه، وأنَّه لا خلافَ في المُحالِ عليه في أنَّ حضرتَهُ غيرُ شرطٍ، وبه ظهَرَ أنَّه لا يَصِحُّ التَّوفيقُ بحملِ ما في "الدُّرر" وغيرِها على قولِ "أبي يوسفَ" الذي هو خلافُ الصَّحيحِ، بل هو محمولٌ على قولِهما المصحَّحِ، فافهمْ.

وبما قرَّرناهُ ظهَرَ أنَّه لا خلافَ في اشتراطِ الرِّضا [٣/ق١٨٨/أ] الأعَمِّ، وأنَّ الخلافَ في قَبُولِ المُحتالِ في المجلسِ لا في رضاهُ، فلا يُنافي ذلك قولَ "المصنِّف": ((شُرِطَ رضا الكلِّ بلا خلافٍ إلخ)) خلافاً لِما ظنَّهُ في "العزميَّة".

[٢٥٨٤٠] (قولُهُ: أو نائبِهِ) أي: ولو فُضُوليّاً، وبه عبَّرَ في "الدُّرر"[٢]، قال في "الفتح"[٣]: ((فيتوقَّفُ ـ أي: قَبُولُ الفُضُوليِّ ـ على إجازةِ المُحتالِ إذا بلَغَهُ)).

[٢٥٨٤١] (قولُهُ: ورضا الباقِيَيْنِ) كذا في بعضِ النُّسَخِ بياءينِ ثانيتُهما ياءُ التَّثنيةِ، وفي عامَّةِ النُّسَخِ[٤] بياءٍ واحدةٍ على أنَّه جمعٌ[٥] أُريدَ به ما فوقَ الواحدِ. ثمَّ لا يخفى أنَّ اشتراطَ رضا المُحيلِ مبنيٌّ على روايةِ "القُدُوريِّ"، وهي[٦] خلافُ المختارِ كما قدَّمَهُ[٧]، فالأحسنُ عبارةُ "الغرر"[٨] متنِ "الدُّرر"، وهي: ((وشُرِطَ حُضورُ الثاني إلاّ أنْ يَقبَلَ فُضُوليٌّ له، لا حُضورُ الباقِيَيْنِ[٩])) اهـ.

---

(١) المقولة [٢٥٨٣١] قوله: ((والحوالةُ شُرِطَ لصحَّتِها إلخ)).

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣٠٨.

(٣) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٤٧.

(٤) كما في "و" و"ط".

(٥) في "ب": ((جميع))، وهو خطأ.

(٦) في "آ": ((وهو)).

(٧) صـ٢١٢ـ "در".

(٨) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣٠٨.

(٩) في "آ": ((الباقين)).

لا حُضورُهما))، وأقرَّهُ "المصنِّف"[١]. ....

فلم يذكُرِ اشتراطَ رضاهما فَيَصْدُقُ بكلٍّ مِن الرِّوايتَين، وقال في "الدُّرر"[٢]: ((أمّا عَدَمُ اشتراطِ حُضورِ الأوَّلِ وهو المُحيلُ فبأنْ يقولَ رجلٌ للدّائنِ: لك على فُلانِ بنِ فُلانٍ ألفُ درهمٍ فاحتَلْ بها عليَّ، فرَضِيَ الدّائنُ فإنَّ الحوالةَ تَصِحُّ، حتّى لا يكونُ له أنْ يرجِعَ. وأمّا عَدَمُ اشتراطِ حُضورِ الثّالثِ وهو المُحتالُ عليه فبأنْ يُحيلَ الدّائنَ على رجلٍ غائبٍ، ثمَّ عَلِمَ الغائبُ فقَبِلَ صحَّتِ الحوالةُ، كذا في "الخانيَّة"[٣])) اهـ.

قلتُ: فلم يَذكُرْ في هذا التَّصويرِ رضا المُحيلِ الغائبِ، وذكَرَ في الثّاني رضا المُحتالِ عليه الغائبِ، وذلك مبنيٌّ على روايةِ "الزِّيادات" المختارةِ كما مرَّ[٤].

(قولُ "الشّارحِ": لا حُضورُهما) أي: معاً، وإلاّ فلا بدَّ مِن حُضورِ أحدِهما ورضاه[٥] حتّى يتحقَّقَ عَقْدُ الحوالةِ بالإيجابِ والقَبُولِ؛ إذ رُكنُها الإيجابُ والقَبُولُ كما نقَلَهُ "ط" عن "البدائع" وإنْ كان ظاهرُ عبارتِهِ أنَّه لا يُشترَطُ حُضورُهما أصلاً، ولذا استدرَكَ به على ما قبلَهُ المفيدِ اشتراطَ القبولِ في مجلسِ الإيجابِ، ويدُلُّ على ذلك تصويرُ "الدُّرر" الآتي. وكأنَّ وجهَ الاستدراكِ أنَّ الكلامَ السّابقَ إنَّما يُفيدُ انعقادَها بالإيجابِ والقَبُولِ، ولا يُفيدُ اشتراطَ حُضورِ المُحتالِ حتّى يكونَ قابلاً لها، وقد أفادَ هذا الاستدراكُ أنَّه شرطٌ.

(قولُهُ: حتّى لا يكونُ له أنْ يرجِعَ) بخلافِ ما لو قيل للمديون: عليك ألفٌ لفُلانٍ فأحِلْهُ بها عليَّ، فقال المديونُ: أحَلتُ، ثمَّ بلَغَ الطّالبَ فأجازَ لا يَجوزُ عندَ "الإمامِ و"محمَّدٍ"، كذا في "البزّازيَّة"، "سنديّ".

---

(١) هذا الموضع ساقط من مخطوطة "المنح" التي بين أيدينا.

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣٠٨.

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل الحوالة ٣/٧٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [٢٥٨٣٩] قوله: ((لكنْ في "الدُّرر" وغيرِها)).

(٥) في مطبوعة "التقريرات" التي بين أيدينا: ((ورضا)) دون هاء، وصوابه ما أثبتناه.

(وتَصِحُّ في الدَّينِ) المعلومِ ....

[٢٥٨٤٢] (قولُهُ: وتَصِحُّ في الدَّينِ) الشَّرطُ كونُ الدَّينِ للمُحتالِ على المُحيلِ، وإلاّ فهي وكالةٌ لا حوالةٌ، وأمّا الدَّينُ على المُحالِ عليه فليس بشرطٍ، أفادَهُ في "البحر"[1]، وفيه[2] عن "المحيط": ((ولو أحالَ المُحالُ عليه المُحتالَ على آخَرَ جازَ وبَرِئَ الأوَّلُ، والمالُ على الآخَرِ كالكفالةِ مِن الكفيلِ)) اهـ. فدخَلَ في الدَّينِ دَيْنُ الحوالةِ كما دخَلَ دَيْنُ الكفالةِ، فإنَّ الكفيلَ لو أحالَ الطَّالبَ جازَ كما يأتي[3]. وفي "البزّازيَّة"[4]: ((كلُّ دَيْنٍ جازَت به الكفالةُ جازَت به الحوالةُ))، وفي "الهنديَّة"[5]: ((ما لا تَجُوزُ به الكفالةُ لا تَجُوزُ به الحوالةُ)).

[٢٥٨٤٣] (قولُهُ: المعلوم) فلو احتالَ بمالٍ مجهولٍ على نفسِهِ بأنْ قالَ: احتَلْتُ بما يذوبُ لك على فُلانٍ لا تَصِحُّ الحوالةُ مع جهالةِ المالِ، ولا تَصِحُّ الحوالةُ أيضاً بهذا اللَّفظِ، "بحر"[6] عن "البزّازيَّة"[7].

(قولُهُ: فلو احتالَ بمالٍ مجهولٍ على نفسِهِ إلخ) أي: مجهولٍ ثبوتُهُ على المُحيلِ، وليس المرادُ مجهولَ القَدْرِ، فإنَّ عبارةَ "البزّازيَّة" لا تُفيدُ اشتراطَ عَدَمِهِ، بل ما يأتي عن "الذَّخيرة" يُفيدُ ذلك كما نقَلَهُ المحشِّي عنها وعن "البحر"، وكذا ما قدَّمَهُ المحشِّي في الكفالةِ قبيلَ قولِ "المصنِّف": ((وكفالتُهُ بالدَّرَكِ إلخ)) عن "شرح التَّحرير"، تأمَّلْ. والظّاهرُ أنَّ الضَّميرَ في ((نفسِهِ)) راجعٌ للمُحيلِ، أي: أنَّه مجهولٌ عليه بسببِ عَدَمِ معرِفَتِهِ أنَّه يثبُتُ أوْ لا، أو راجعٌ للمُحتالِ عليه، والجارُّ مُتعلِّقٌ بـ((احتالَ)).

---

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٢٦٩/٦.

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦.

(٣) المقولة: [٢٥٨٥٣] قوله: ((وبَرِئَ المُحيلُ مِن الدَّينِ إلخ)).

(٤) "البزازية": كتاب الحوالة ٢٤/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب الحوالة ـ الباب الأول في تعريفها وركنها وشرائطها وأحكامها ٢٩٦/٣ بتصرف، نقلاً عن "البدائع".

(٦) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٠/٦.

(٧) "البزازية": كتاب الحوالة ٢٩/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(لا في العَينِ) زادَ في "الجوهرة"[1]: ((ولا في الحُقوقِ)) انتهى، وبه عُرِفَ أنَّ حوالةَ الغازي بحَقِّهِ مِن غنيمةٍ مُحرَزةٍ ....

[٢٥٨٤٤] (قولُهُ: لا في العَينِ) لأنَّ النَّقلَ الذي تضمَّنَتهُ نقلٌ شرعيٌّ، وهو لا يُتصوَّرُ في الأعيانِ، بل المتصوَّرُ فيها النَّقلُ الحسِّيُّ، فكانت نقلاً للوصفِ الشَّرعيِّ وهو الدَّينُ، "فتح"[2]. قال في "الشُّرنُبلاليَّة"[3]: ((يَرِدُ عليه ما سيذكرُهُ مِن أنَّها تَصِحُّ بالدَّراهمِ الوديعةِ؛ إذ ليس فيها نقلُ الدَّينِ، وكذا الغصبُ على القولِ بأنَّ الواجبَ فيه رَدُّ العَينِ، والقيمةُ مَخلَصٌ. ودَفْعُ الإيرادِ بأنَّ الحوالةَ بالوديعةِ وكالةٌ حقيقةً)) اهـ.

قلتُ: فيه نظرٌ؛ لِما سيأتي[4] في الحوالةِ المقيَّدةِ بوديعةٍ ونحوِها أنَّه لا يَملِكُ المُحيلُ مُطالبةَ المُحتالِ عليه، ولا المُحتالُ عليه دَفْعَها للمُحيلِ، ولا يخفى أنَّ الوكالةَ حَقِيقةً تُنافي ذلك، فالصَّوابُ في دَفْعِ الإيرادِ أنَّ النَّقلَ موجودٌ؛ لأنَّ المديونَ إذا أحالَ الدّائنَ على المُودَعِ فقد انتقَلَ الدَّينُ عن المديونِ إلى المُودَعِ، وصار المُودَعُ مُطالَباً بالدَّينِ كأنَّه في ذمَّتِهِ، فكانت[5] حوالةً بالدَّينِ لا بالعَينِ. نَعَمْ لو أحالَ المُودَعُ رَبَّ الوديعةِ بها على آخَرَ كانت حوالةً بالعَينِ فلا تَصِحُّ.

مطلبٌ في حوالةِ الغازي وحوالةِ المستَحِقِّ مِن الوقفِ

[٢٥٨٤٥] (قولُهُ: وبه عُرِفَ أنَّ حوالةَ الغازي) مصدرٌ مضافٌ لفاعِلِهِ، أي: إحالَتُهُ غيرَهُ على الإمامِ،

(قولُ "الشّارحِ": زادَ في "الجوهرة": ولا في الحُقوقِ) أشارَ في "شرح نظم الكنز" إلى تمثيلِهِ بأنْ يُحيلَهُ بحَقِّ الشُّفعةِ الثّابتِ له على المشتري. انتهى "سنديّ".

---

(١) "الجوهرة النيرة": كتاب الحوالة ١/٣٨٠.

(٢) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٤٦.

(٣) "الشرنبلالية": كتاب الحوالة ٢/٣٠٨ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) المقولة [٢٥٨٨٩] قوله: ((وحُكمُها: إلخ)).

(٥) في "الأصل" و"آ": ((وكانت)) بالواو.

....

٢٩٠/٤ وعبارةُ "النَّهر"[١]: ((وبه عُرِفَ أنَّ الحوالةَ على الإمامِ مِن الغازي إلخ))، ولا يخفى أنَّ ما ذكَرَهُ غيرُ ما نحن فيه؛ إذ كلامُ "المصنِّف" في بيانِ المكفُولِ به، فذكَرَ أنَّه المالُ لا العَينُ ولا الحُقوقُ، فإذا استدانَ الغازي دَيْناً مِن زيدٍ ثمَّ أحالَهُ به على الإمامِ صحَّتِ الحوالةُ، سواءٌ قيَّدَها بأنْ يُعطِيَهُ الإمامُ مِن حقِّهِ مِن الغنيمةِ المُحرَزَةِ أوْ لا؛ لأنَّ المُحالَ عليه لا يُشترَطُ أنْ يكونَ عليه للمُحيلِ دَيْنٌ أو عَيْنٌ مِن وَدِيعةٍ أو غيرِها؛ ولأنَّ المُحالَ به دَيْنٌ صحيحٌ معلومٌ، فالقولُ بعَدَمِ صحَّتِها ليس له وجهُ صحَّةٍ أصلاً، [٣/ق١٨٨/ب] وهكذا يُقالُ في المُستَحِقِّ إذا استدانَ ثمَّ أحالَ الدّائنَ على النّاظرِ، سواءٌ قيَّدَ الحوالةَ بمعلومِهِ الذي في يدِ النّاظرِ أوْ لا، فهي أيضاً مِن الحوالةِ بالدَّينِ لا بالحُقوقِ، نَعَمْ لو أحالَ الإمامُ الغازيَ، أو أحالَ النّاظرُ المُستَحِقَّ على آخَرَ كان مَظِنَّةَ أنْ يُقالَ: إنَّها مِن الحوالةِ بالحُقوقِ؛ لأنَّ الغنيمةَ إذا أُحرِزَت بدارِنا يَتأكَّدُ فيها حَقُّ الغانمينَ، ولا تُملَكُ إلاّ بالقِسْمةِ[٢]، ولا يُقالُ: إنَّ الوارثَ[٣] إذا ماتَ بعدَ الإحرازِ قبلَ القِسْمةِ يُورَثُ نصيبُهُ فيقتضي المِلْكَ قبلَ القِسْمةِ؛ لأنّا نقولُ: إنَّ الحَقَّ المتأكِّدَ يُورَثُ كحَقِّ حَبْسِ الرَّهنِ والرَّدِّ بالعيبِ، بخلافِ الضَّعيفِ كالشُّفْعةِ وخِيارِ الشَّرطِ كما قدَّمناهُ[٤] عن "الفتح" في بابِ المَغنَمِ وقِسْمتِهِ، وكذا يُقالُ في غَلَّةِ الوقفِ، فإنَّ نصيبَ المُستَحِقِّ يُورَثُ عنه إذا ماتَ قبلَ القِسْمةِ بعدَ ظُهورِ غَلَّةِ الوقفِ في وقفِ الذُّرِّيَّةِ، أو بعدَ عملِ صاحبِ الوظيفةِ كما قدَّمناهُ هناك[٤]. ومُقتضى هذا أنْ لا تَصِحَّ هذه الحوالةُ؛ لأنَّ كلاًّ مِن الغازي والمُستَحِقِّ لم يثبُتْ له دَيْنٌ في ذمَّةِ الإمامِ والنّاظرِ، نَعَمْ تكونُ وكالةً بالقَبْضِ مِن المُحالِ عليه كما يأتي[٥] في قولِ "المصنِّف": ((وإنْ قال المُحِيلُ للمُحتالِ))، وهذا يقَعُ كثيراً، فإنَّ النّاظرَ يُحيلُ

---

(١) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٤/ب.

(٢) في "ك": ((بالغنيمة))، وهو تحريف.

(٣) قال شيخنا علاّمةُ بلاد الشام وشيخ الجامع الأموي بدمشق عبد الرزاق الحلبي حفظه الله: ((لعلَّ صواب العبارة: إنَّ المُستَحِقَّ إذا مات ... إلخ)).

(٤) المقولة [١٩٦٦٠] قوله: ((لتأكُّدِ مِلْكِهِ)).

(٥) صـ٢٣٠ـ "در".

لا تَصِحُّ، وكذا حوالةُ المستَحِقِّ بمعلومِهِ في الوقفِ على النّـاظرِ، "نهـر"[1]، ثـمَّ قـال بعدَ وَرَقتَينِ[2]: ((وهذا في الحوالةِ المطلَقةِ ظاهرٌ، ....

المُستَحِقَّ على مُستأجرِ عَقارِ الوقفِ، وقد أفتى في "الحامديَّة"[3] بأنّـه[4] لـو مـاتَ النّـاظرُ قبـلَ أَخْـذِ المُحتالِ فللنّاظرِ الثّاني أَخْذُهُ، لكنْ ذكَرنا[5] في بابِ المَغنَمِ أنَّ غَلَّةَ الوقفِ بعدَ ظُهورِهـا يَتـأكَّدُ فيهـا حَقُّ المُستَحِقِّينَ فتُورَثُ عنهم، وأمّا بعدَ قَبْضِ النّاظرِ لها فينبغي أنْ تصيرَ مِلْكاً لهم للشّرْكةِ الخاصَّةِ، بخلافِ المَغنَمِ، فإنَّه لا يُملَكُ إلاّ بعدَ القِسْمةِ، حتّى لو أعتَقَ أحـدُ الغـانمينَ حصَّتَـهُ مِـن أمـةٍ لا تَعتِـقُ للشّرْكةِ العامَّةِ إلاّ إذا قُسِّمَتِ الغنيمةُ على الرّاياتِ فيَصِحُّ للشّرْكةِ الخاصَّةِ. وعلى هذا فـإذا صـارتِ الغَلّةُ في يدِ النّاظرِ صارت أمانةً عندَهُ مِلكاً للمُستَحِقّينَ، لهـم مُطالَبَتُـهُ بهـا، ويُحبَـسُ إذا امتنَـعَ مِـن أدائها، ويضمَنُها[6] إذا استهلَكَها أو هلَكَت بعدَ الطَّلبِ، فإذا أحالَ النّـاظرُ بعـضَ المُستَحِقّينَ علـى آخَرَ[7] لا يَصِحُّ؛ لأنَّها حوالةٌ بالعَينِ لا بالدَّينِ، إلاّ إذا كان النّاظرُ استهلَكَها أو خلَطَها بمالِهِ فتصيرُ دَيْناً بذمَّتِهِ، فتَصِحُّ الحوالةُ؛ لأنَّها حوالةٌ بالدَّينِ لا بـالعَينِ ولا بـالحُقوق. فقـد ظهَـرَ أنَّ هـذه الحوالـةَ لا تكونُ مِن الحوالةِ بالحُقوقِ أصلاً، سواءٌ كان الغازي أو النّاظرُ مُحِيلاً أو مُحتـالاً، وسـواءٌ كـانتِ الحوالةُ مُطلَقةً أو مُقيَّدةً، وأنَّ ما ذكَرَهُ "الشّارحُ" عن "النَّهر" غيرُ مُحرَّرٍ، فافهمْ وتدبَّرْ واغنمْ تحريـرَ هذا المقامِ، فإنَّه مِن فَيْضِ ذي الجلالِ والإكرامِ.

[٢٥٨٤٦] (قولُهُ: لا تَصِحُّ) قد عَلِمتَ أنَّه لا وجهَ له.

[٢٥٨٤٧] (قولُهُ: وهذا في الحوالةِ المطلَقةِ ظاهرٌ) لتصريحِهم باختصاصِها بالدُّيونِ؛ لابتنائها على النَّقلِ، "نهر"[8].

---

(١) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٤/ب بتصرف.

(٢) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/ب بتصرف.

(٣) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الحوالة ٢٩٤/١.

(٤) في "آ": ((أنه)) بلا باء.

(٥) المقولة [١٩٦٦٣] قوله: ((ردَّهُ في "النَّهر")).

(٦) في "آ": ((ويضمن)).

(٧) في "ك": ((الآخر)).

(٨) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/ب.

وأمّا المقيَّدةُ ففي "البحر"[١]: إنْ مالُ[٢] الوقفِ[٣] في يدِ النّاظرِ ينبغي أنْ تَصِحَّ كالإحالةِ على المُودَعِ وإلاّ لا؛ لأنّها مُطالَبةٌ، انتهى. ومُقتضاهُ: صحَّتُها بحَقِّ الغنيمةِ، وعندي فيه تردُّدٌ)).

قلتُ: وهذه حوالةٌ بالدَّينِ وإنْ كانت مُطلَقةً، بل الصِّحَّةُ فيها أظهَرُ مِن عدَمِها؛ لأنَّ الحوالةَ المطلَقةَ على ما يأتي[٤]: أنْ لا يُقيِّدَ المُحيلُ بدَيْنٍ له على المُحالِ عليه ولا بعَينٍ له في يدِهِ، فإذا أحالَ المستَحِقُّ غريمَهُ بدَيْنِهِ على النّاظرِ حوالةً مُطلَقةً فلا شكَّ في صحَّتِها.

[٢٥٨٤٨] (قولُهُ: ينبغي أنْ تَصِحَّ) لِما عَلِمتَ مِن أنَّ مالَ الوقفِ في يدِهِ أمانةٌ، ولكنْ إذا صحَّتْ لا تكونُ مِن الحوالةِ بالحُقوقِ؛ لأنَّ المستَحِقَّ إنَّما أحالَ دائنَهُ بدَيْنٍ صحيحٍ، بل هي حوالةٌ بالدَّينِ مُقيَّدةٌ بما عندَ المُحالِ عليه، وهو النّاظرُ.

[٢٥٨٤٩] (قولُهُ: كالإحالةِ على المُودَعِ) بجامعِ أنَّ كلاًّ مِنهما أمينٌ ولا دَيْنَ عليه، "ط"[٥].

[٢٥٨٥٠] (قولُهُ: لأنَّها مُطالَبةٌ) أي: لأنَّ الحوالةَ تُثبِتُ المطالَبةَ، ولا مُطالَبةَ على النّاظرِ فيما لم يَصِلْ إليه مِن مالِ الوقفِ الذي قُيِّدَتِ الحوالةُ به.

[٢٥٨٥١] (قولُهُ: انتهى) أي: كلامُ "البحر". وقولُهُ: ((ومُقتضاهُ إلخ)) مِن كلامِ "النَّهر" أيضاً، فافهمْ.

[٢٥٨٥٢] (قولُهُ: وعندي فيه تردُّدٌ) نقَلَهُ "الحمَويُّ" وأقرَّهُ. ويُؤيِّدُ الصِّحَّةَ ما ذكَرُوهُ في المَغنَمِ: أنّه يُورَثُ عنه؛ لتأكُّدِ مِلكِهِ فيه، [٣/ق١٨٩/أ] وقد وُجِدَ الجامعُ للقياسِ فيها وفي الوديعةِ، "ط"[٥].

(قولُهُ: ما ذكَرُوهُ في المَغنَمِ: أنّه يُورَثُ عنه لتأكُّدِ مِلكِهِ فيه، وقد وُجِدَ الجامعُ للقياسِ فيها وفي الوديعةِ) حَقُّهُ في المَغنَمِ وإنْ كان مُتأكّداً إلاّ أنّه لا يُملَكُ، فلم يكنْ كالوديعةِ المَقيسِ عليها، فلم يَزَلِ التّردُّدُ في صحَّةِ هذه الحوالةِ موجوداً على ما ذكَرَهُ.

---

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦ بتصرف.

(٢) في "د": ((إنْ كانَ مالُ)).

(٣) في "و": ((المالُ)) بدل ((مالُ الوقفِ)).

(٤) المقولة [٢٥٨٩١] قوله: ((بخلافِ الحوالةِ المطلَقةِ)).

(٥) "ط": كتاب الحوالة ١٦٩/٣.

(وبَرِئَ المُحيلُ مِن الدَّينِ) والمطالَبةِ جميعاً.........................

[٢٥٨٥٣] (قولُهُ: وبَرِئَ المُحيلُ مِن الدَّينِ إلخ) أي: براءةً مُؤقَّتةً بعَدَمِ التَّوَى. وفائدةُ براءتِهِ: أنَّه لو ماتَ لا يأخُذُ المُحتالُ الدَّينَ مِن تَرِكَتِهِ، ولكنَّه يأخُذُ كفيلاً مِن وَرَثَتِهِ أو مِن الغُرَماءِ مَخافةَ أنْ يَتْوَى حَقُّهُ، كذا في "شرح المجمع"، "ط"[1]. ومُقتضى البراءةِ أنَّ المشتريَ لو أحالَ البائعَ على آخرَ بالثَّمنِ لا يَحبِسُ المبيعَ، وكذا لو أحالَ الرّاهنُ المُرتهِنَ بالدَّينِ لا يَحبِسُ الرَّهنَ، ولو أحالَها بصَداقِها لم تَحبِسْ نفسَها، بخلافِ العكسِ، أي: إحالةِ البائعِ غَرِيمَهُ على المشتري بالثَّمنِ، أو المُرتهِنِ غَريمَهُ على الرّاهنِ، أو المرأةِ على الزَّوجِ، والمذكورُ في "الزِّيادات" عكسُ هذا، وهو أنَّ البائعَ والمُرتهِنَ إذا أحالا سقَطَ حَقُّهما في الحبسِ، ولو أُحيلا لم يسقُطْ، وتمامُهُ في "البحر"[2].

قلتُ: ووجهُهُ ظاهرٌ، وهو أنَّ البائعَ والمُرتهِنَ إذا أحالا غريماً لهما على المشتري أو الرّاهنِ سقَطَتْ مُطالَبتُهما، فيسقُطُ حَقُّهما في الحبسِ، بخلافِ ما لو أُحيلا، فإنَّ مُطالَبتَهما باقيةٌ كما أوضحَهُ "الزَّيلعيُّ"[3]، قال في "البحر"[4]: ((وفي قولِهِ: بَرِئَ المُحيلُ إشارةٌ إلى براءةِ كفيلِهِ، فإذا أحالَ الأصيلُ الطّالبَ بَرِئا، كذا في "المحيط")) اهـ. ٤/٢٩١

وقولُهُ: ((والمطالَبةِ جميعاً)) دخَلَ فيه ما لو أحالَ الكفيلُ[5] المكفُولَ له ونَصَّ على براءتِهِ فإنَّه يبرأُ عن المطالَبةِ، وإنْ أطلَقَ الحوالةَ بَرِئَ الأصيلُ أيضاً، "نهر"[6]، وفي "حاشية البحر" لـ"الرَّمليِّ": ((يُؤخَذُ مِن براءةِ المُحيلِ أنَّ الكفيلَ لو أحالَ المكفُولَ له على المديونِ بالدَّينِ المكفُولِ به وقَبِلَهُ بَرِئَ، وهي واقعةُ الفتوى)) اهـ. وأطالَ في الاستشهادِ له.

---

(١) "ط": كتاب الحوالة ٣/١٦٩.

(٢) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧١ بتصرف.

(٣) انظر "تبيين الحقائق": كتاب الحوالة ٤/١٧٢.

(٤) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧١.

(٥) ((الكفيل)) ساقطة من "م".

(٦) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٤/ب ـ ٤٢٥/أ.

(بالقَبُولِ) مِن المُحتالِ للحوالةِ (ولا[1] يرجِعُ المُحتالُ على المُحيلِ..........................

[٢٥٨٥٤] (قولُهُ: بالقَبُولِ مِن المُحتالِ) اقتصَرَ عليه تَبَعاً لـ"البحـر"[2]، وزادَ في "النَّهـر"[3]: ((والمُحتالِ عليه))، وهو مُخالِفٌ لِما قدَّمَهُ[4] ((مِن أنَّ الشَّـرطَ قَبـولُ المُحتـالِ أو نائبِـهِ ورضـا الباقيين))، وأفادَ أنَّه لا يلزَمُ قَبْضُ المُحتالِ في المجلسِ إلاّ إذا كان صَرْفـاً، بـأنْ كـان دَيْنُـهُ ذَهَبـاً فأحالَ عنه بفضَّةٍ جازَ إنْ قَبِلَ[5] الغريمُ ناقداً في مجلسِ المُحيلِ والمُحتـالِ، وتمامُـهُ في "البحـر"[6] عن "تلخيص الجامع".

[٢٥٨٥٥] (قولُهُ: ولا يرجِعُ المُحتالُ على المُحيلِ إلخ) هذا إذا لم يَشترِطِ الخِيـارَ للمُحـالِ، أو لم يَفسَخْها المُحيلُ والمُحتالُ، أمّا إذا جعَلَ للمُحالِ الخِيـارَ، أو أحالَـهُ علـى أنَّ لـه أنْ يرجِـعَ على أيِّهما شاءَ صحَّ، "بزّازيَّة"[7]. وكذا إذا فُسِخَت رجَعَ المُحتالُ على المُحيـلِ بدَيْنِـهِ، ولـذا قال في "البدائع"[8]: ((إنَّ حُكمَها[9] ينتهي بفَسْخِها وبالتَّوَى))، وفي "البزّازيَّة"[10]: ((والمُحيلُ

(قولُهُ: وزادَ في "النَّهر": والمُحتالِ عليه إلخ) الظّاهرُ ما نقلَهُ في "النَّهر"؛ إذ ليس الكلامُ في صحَّةِ عَقْدِ الكفالةِ[11] حتّى يُقالَ: إنَّه يَتِمُّ بقَبُولِ المُحتالِ بشرطِ رضا الباقيين، بـل في بـراءةِ المُحيـلِ مِـن الدَّيـنِ، وهي مُتوقِّفةٌ على قَبُولِ المُحتالِ عليه أيضاً، لكـنْ يُـرادُ بـه بالنِّسـبةِ لـه مـا يشـمَلُ الرِّضـا، وفي "العنايـة": ((المـرادُ بالقَبُولِ رضا مَن رضاهُ شرطٌ فيها)) اهـ. وفي "مختصـر القُـدُوريِّ": ((الحوالـةُ إذا تَمَّـتْ بقَبُـولِ المُحتـالِ لـه والمُحتالِ عليه بَرِئَ المُحيلُ)) اهـ. وهذا يُوافِقُ ما في "النَّهر".

---

(١) في "د" و"و": ((فلا)).

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧١.

(٣) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٤/ب.

(٤) صـ٢١٤ـ وما بعدها "در".

(٥) في "آ": ((قبله)).

(٦) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧١ بتصرف.

(٧) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "البدائع": كتاب الحوالة ـ فصل: بيان ما يخرج به المُحال عليه من الحوالة ٦/١٨ بتصرف.

(٩) في "الأصل": ((حكمهما)).

(١٠) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٩ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(١١) **نقول**: كذا عبارة مطبوعة "التقريرات"، ولعلَّ صواب العبارة: ((الحوالة)) بدل ((الكفالة)).

إلاّ بالتَّوَى) بالقَصْرِ، ....

والمُحتالُ يَملِكانِ النَّقْضَ فيبرأُ المُحتالُ عليه))، وفي "الذَّخيرة": ((إذا أحالَ المديونُ الطّالبَ على رجلٍ بألفٍ أو بجميعِ حَقِّهِ وقَبِلَ مِنه، ثمَّ أحالَهُ أيضاً بجميعِ حَقِّهِ على آخَرَ وقَبِلَ مِنه صار الثّاني نَقْضاً للأوَّلِ وبَرِئَ الأوَّلُ)) اهـ "بحر"[١].

قلتُ: وكذا تبطُلُ لو أحالَ البائعُ على المشتري بالثَّمنِ، ثمَّ استُحِقَّ المبيعُ، أو ظهَرَ أنَّه حُرٌّ، لا لو رُدَّ بعيبٍ ولو بقضاءٍ، وكذلك لو ماتَ العبدُ قبلَ القَبْضِ. وإذا ماتَ المُحالُ عليه مديوناً قُسِمَ مالُهُ بينَ الغُرَماءِ وبينَ المُحالِ بالحِصَصِ[٢]، وما بَقِيَ له يرجعُ به على المُحيلِ، وإنْ ماتَ المُحيلُ مديوناً فما قبَضَ المُحتالُ في حياتِهِ فهو له، وما لم يَقبِضْهُ فهو بينَهُ وبينَ الغُرَماءِ. اهـ مُلخَّصاً مِن "كافي الحاكم".

[٢٥٨٥٦] (قولُهُ: إلاّ بالتَّوَى) وزانُ حَصَى، وقد يُمَدُّ، "مصباح"[٣]. يُقالُ: تَوِيَ المالُ بالكسرِ يَتْوَى تَوىً[٤]، وأتواهُ غيرُهُ، "بحر"[٥] عن "الصَّحاح"[٦].

(قولُهُ: لا لو رُدَّ بعيبٍ ولو بقضاءٍ إلخ) ما ذكَرَهُ مِن عَدَمِ البُطلانِ في هذه وما بعدَها استحسانٌ، والقياسُ البُطلانُ كما قال "زُفَرُ". وجهُ القياسِ: أنَّ الكفالةَ مُقيَّدةٌ بالثَّمنِ، وقد بطَلَ فتبطُلُ الحوالةُ، ووجهُ الاستحسانِ: أنَّه قيَّدَ الحوالةَ بالثَّمنِ ولم يَتبيَّنْ أنَّ الثَّمنَ لم يكن واجباً ليظهَرَ بُطلانُ الحوالةِ، بل يسقُطُ للحالِ، فلا يظهَرُ في حَقِّ الغريمِ المُحتالِ، بخلافِ الاستحقاقِ والحرِّيَّةِ؛ لأنَّه ظهَرَ بذلك أنَّ الثَّمنَ لم يكنْ واجباً أصلاً، فلم يثبُتْ ما قيَّدَ به الحوالةَ فلم تكنْ صحيحةً. اهـ "منبع".

---

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٦٨.

(٢) في "الأصل": ((في الحصص)).

(٣) "المصباح": مادة ((توي)).

(٤) في "الأصل" و"ك" و"آ" و"ب": ((تواء)) بالمدِّ، وما أثبتناه من "م" موافق لما في "البحر" و"الصحاح".

(٥) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٢.

(٦) "الصحاح": مادة ((توي)).

ويُمَدُّ: هلاكُ المالِ؛ لأنَّ براءَتَهُ مُقيَّدةٌ بسلامةِ حَقِّهِ، وقيَّدَهُ في "البحر": ((بأنْ لا يكونَ المُحيلُ هو المُحتالَ عليه ثانياً))، ....

[٢٥٨٥٧] (قولُهُ: هلاكُ المالِ) هذا معناهُ اللُّغويُّ، ومعناهُ الاصطلاحيُّ ما ذكَرَهُ "المصنِّف"، "بحر"(١).

[٢٥٨٥٨] (قولُهُ: لأنَّ براءتَهُ) أي: براءةَ المُحيلِ مِن الدَّينِ ((مُقيَّدةٌ بسلامةِ حَقِّهِ)) أي: حَقِّ المُحتالِ. واختَلَفَ المشايخُ في كيفيَّةِ عَوْدِ الدَّينِ، فقيل: بفَسْخِ الحوالةِ، أي: يفسَخُها المُحتالُ كالمشتري إذا وجَدَ بالمبيعِ عَيباً، وقيل: تنفسِخُ كالمبيعِ إذا هلَكَ قبلَ القَبْضِ، وقيل: في الموتِ تنفسِخُ، وفي الجحودِ لا تنفسِخُ، ولم أَرَ أنَّ فَسْخَ المُحتالِ هل يحتاجُ إلى التَّرافُعِ عندَ القاضي؟ وظاهرُ التَّشبيهِ بالمشتري إذا وجَدَ عَيباً أنَّه يحتاجُ، [٣/ق١٨٩/ب] نَعَمْ، على أنَّها تنفسِخُ لا يحتاجُ، فتدبَّرْهُ، "نهر"(٢).

قلتُ: المشتري يستَقِلُّ بالفَسْخِ بخِيارِ العيبِ بدونِ التَّرافُعِ عندَ القاضي، وإنَّما التَّرافُعُ شرطٌ لرَدِّ البائعِ على بائعِهِ بذلك العيبِ.

[٢٥٨٥٩] (قولُهُ: وقَيَّدَهُ في "البحر"(٣) إلخ) وقال(٣): ((لِما في "الذَّخيرة": رجلٌ أحالَ رجلاً له عليه دَيْنٌ على رجلٍ، ثمَّ إنَّ المُحتالَ عليه أحالَهُ على الذي عليه الأصلُ بَرِئَ المُحتالُ عليه الأوَّلُ، فإنْ تَوِيَ المالُ على الذي عليه الأصلُ لا يعودُ إلى المُحتالِ عليه الأوَّلِ)) اهـ.

(قولُهُ: المشتري يستَقِلُّ بالفَسْخِ بخِيارِ العيبِ إلخ) الذي تقدَّمَ في خِيارِ العيبِ عن "الخانيَّة" يُخالِفُ هذا، ونصُّهُ: ((رجلٌ اشتَرَى شيئاً فعَلِمَ بعيبٍ قبلَ القَبْضِ فقال: أبطلتُ البيعَ بطَلَ البيعُ إنْ كان بمحضرٍ مِن البائعِ وإنْ لم يَقبَلِ البائعُ، وإنْ قال ذلك في غَيبةِ البائعِ لا يبطُلُ البيعُ، وإنْ عَلِمَ بعدَ القَبْضِ فقال: أبطلتُ البَيعَ الصَّحيحُ أنَّه لا يبطُلُ البَيعُ إلاَّ بقضاءٍ أو رضًا)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٢.

(٢) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/أ.

(٣) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٢.

(وهو) بأحدِ أمرَيـنِ (أنْ يجحَـدَ) المُحـالُ عليـه (الحوالـةَ ويحلِفَ ولا بيِّنـةَ لـه) أي: لمُحتالٍ ومُحيلٍ (أو يموتَ) المُحالُ عليه (مُفلِساً) بغيرِ عَيْنٍ ودَيْنٍ..............

[٢٥٨٦٠] (قولُهُ: وهو[١] بأحدِ أمرَينِ إلخ) الضَّميرُ راجعٌ لـ((التَّوَى))، وهذا في الحوالـةِ المطلَقةِ، أمّا المقيَّدةُ بوديعةٍ فيثبُتُ له الرُّجوعُ بهلاكِها كما يأتي[٢].

[٢٥٨٦١] (قولُهُ: أي: لمُحتالٍ ومُحيلٍ) فقولُهُ: ((له)) أي: لكلٍّ مِنهما كما في "الفتح"[٣].

[٢٥٨٦٢] (قولُهُ: مُفلِساً) بالتَّخفيفِ، يُقالُ: أَفلَسَ الرَّجلُ إذا صار ذا فَلْـسٍ بعـدَ أنْ كـان ذا دراهمَ ودنانيرَ، فاستُعمِلَ مكانَ ((افتَقَرَ)). اهـ "كفاية"[٤] و"نهر"[٥] عن "طَلِبَةِ الطَّلَبة"[٦] للعلاّمـةِ "عمرَ النَّسفيِّ".

[٢٥٨٦٣] (قولُهُ: بغيرِ عَيْنٍ) الأوضحُ أنْ يقولَ: بـأنْ لـم يترُكْ عَيْنـاً إلـخ، أي: عَيْنـاً تفـي بالمُحالِ به، وكذا يُقالُ في الدَّينِ. ولا بدَّ في الكفيلِ أنْ يكونَ كفيلاً بجميعِهِ، فلو كفَلَ البعـضَ فقد تَويَ الباقي كما لا يخفى، "ط"[٧]. وكذا لو ترَكَ ما يفي بالبعضِ فقد تَوِيَ البـاقي، وكـذا لو ماتَ مديوناً وقُسِمَ مالُهُ بالحِصَصِ كما قدَّمناهُ آنفاً[٨].

[٢٥٨٦٤] (قولُهُ: ودَيْنٍ) المرادُ به ما يمكنُ أنْ يثبُتَ في الذِّمَّةِ بقرينةِ مُقابَلتِهِ بالعَينِ، فَيَشـمَلُ النُّقودَ[٩]، والمكيلَ، والموزونَ، وفي "الهنديَّة"[١٠] عن "المحيط"[١١]: ((لو كان القاضي يعلَمُ أنَّ للمَيْتِ

---

(١) ((هو)) ساقط من "م".

(٢) المقولة [٢٥٨٩١] قوله: ((بخلافِ الحوالةِ المطلَقةِ)).

(٣) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥١/٦.

(٤) "الكفاية": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦ بتصرف (ذيل "فتح القدير").

(٥) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/أ.

(٦) "طَلِبة الطَّلَبة": كتاب الكفالة والحوالة صـ٢٨٩ـ.

(٧) "ط": كتاب الحوالة ١٦٩/٣.

(٨) المقولة [٢٥٨٥٥] قوله: ((ولا يرجعُ المُحتالُ على المُحيلِ إلخ)).

(٩) في "آ": ((المنقول)).

(١٠) "الفتاوى الهندية": كتاب الحوالة ـ الباب الأول ـ مطلب: أحكام الحوالة ٢٩٧/٣.

(١١) لم نعثر على النقل في مظانه من مخطوطة "المحيط البرهاني" التي بين أيدينا.

وكفيلٍ، ....

دَيْناً على مُفلِسٍ فعلى قولِ "الإمامِ" لا يقضي ببُطلانِ الحوالةِ)) اهـ. أي: لأنَّ الإفلاسَ ليس بتَوًى عندَهُ؛ لاحتمالِ أنْ يحدُثَ له مالٌ، فيكونُ المُحالُ عليه قد ترَكَ مالاً حُكماً، وهو ما على[1] مديونِهِ المُفلِسِ.

[٢٥٨٦٥] (قولُهُ: وكفيلٍ) فوُجودُ الكفيلِ يَمنَعُ موتَهُ مُفلِساً على ما في "الزِّيادات"، وفي "الخلاصة": ((لا يَمنَعُ))، "بحر"[2]، وتَبِعَهُ في "المنح"[3]، لكنِّي لم أرَ في "الخلاصة" ما عزاهُ إليها[4]، بل اقتصرَ فيها[5] على نقلِ عبارةِ "الزِّيادات"، نَعَمْ، قال فيها[5]: ((ولو ماتَ المُحتالُ عليه ولم يترُكْ شيئاً وقد أعطَى كفيلاً بالمالِ، ثمَّ أَبرأَ صاحبُ المالِ الكفيلَ مِنه له أنْ يرجِعَ على الأصيلِ)) اهـ. وهذه مسألةٌ أُخرى، وقد جزَمَ في "الفتح"[6] وغيرِهِ بما في "الزِّيادات" بلا حكايةِ خلافٍ.

(تنبيهٌ)

في "البحر"[7] عن "البزّازيَّة"[8]: ((وإنْ لم يكنْ به كفيلٌ ولكن تبرَّعَ رجلٌ ورهَنَ به رهناً، ثمَّ ماتَ المُحالُ عليه مُفلِساً عادَ الدَّينُ إلى ذمَّةِ المُحيلِ، ولو كان مُسلَّطاً على البَيعِ فباعَهُ ولم يَقبِضِ الثَّمنَ حتّى ماتَ المُحالُ عليه مُفلِساً بطَلَتِ الحوالةُ، والثَّمنُ لصاحبِ الرَّهنِ)) اهـ.

(قولُهُ: عادَ الدَّينُ إلى ذمَّةِ المُحيلِ) وذلك أنَّ عَقْدَ الرَّهنِ لم يبقَ بعدَ موتِ المُحالِ عليه مُفلِساً؛ إذ لم يبقَ الدَّينُ عليه، والرَّهنُ بدَيْنٍ ولا دَيْنُ مُحالٍ، بخلافِ ما إذا ترَكَ كفيلاً بأمرِهِ أو بغيرِهِ؛ لأنَّ الكفيلَ خَلَفٌ عنه، "زيلعيّ".

---

(١) في "الأصل": ((وهو مالاً علي))، وهو تحريف.

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٣/٦.

(٣) "المنح": كتاب الحوالة ٢/ق١٥١/أ.

(٤) **نقول**: ولم نقف عليه نحن كذلك في مخطوطة "الخلاصة" التي بين أيدينا.

(٥) "الخلاصة": كتاب الحوالة ق٢٥٥/ب.

(٦) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥١/٦ ـ ٣٥٢.

(٧) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٣/٦.

(٨) "البزازية": كتاب الحوالة ٢٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

وقالا: بهما، وبأنْ فلَّسَهُ الحاكمُ. (ولو اختَلَفا فيه) أي: في موتِهِ مُفلِساً،............

وفي حُكمِ التّبرُّعِ بالرَّهنِ ما لو استعارَ المطلوبُ شيئاً ورهَنَهُ عندَ الطّالبِ ثمَّ ماتَ مُفلِساً، "شُرنبُلاليَّة"[1] عن "الخانيَّة"[2].

٢٩٢/٤

[٢٥٨٦٦] (قولُهُ: وقالا: بهما) أي: بالجحدِ والموتِ مُفلِساً.

[٢٥٨٦٧] (قولُهُ: وبأنْ فلَّسَهُ الحاكمُ) أي: في حياتِهِ، يُقالُ: فلَّسَهُ القاضي إذا قضَى بإفلاسِهِ حينَ ظهَرَ له حالُهُ، "كفاية"[3] عن "الطِّلبَةِ"[4]. وهذا بناءً على[5] أنَّ تفليسَ القاضي يَصِحُّ عندَهما، وعندَهُ لا يَصِحُّ؛ لأنّه يُتوهَّمُ ارتفاعُهُ بحُدوثِ مالٍ له، فلا يعودُ بتفليسِ القاضي على المُحيلِ، "فتح"[6]. وتعذُّرُ الاستيفاءِ لا يُوجِبُ الرُّجوعَ، ألا ترَى أنّه لو تعذَّرَ بغَيبةِ المُحتالِ عليه لا يرجِعُ على المُحيلِ بخلافِ موتِهِ مُفلِساً؛ لخرابِ الذِّمَّةِ، فيثبُتُ التَّوَى، وتمامُهُ في "الكفاية"[7]. وظاهرُ كلامِهِم مُتوناً وشُروحاً تصحيحُ قولِ "الإمامِ"، ونقَلَ تصحيحَهُ العلاّمةُ "قاسمٌ"[8]، ولم أرَ مَن صحَّحَ قولَهما. نَعَمْ، صحَّحوهُ في صحَّةِ الحجرِ على السَّفيهِ صيانةً لمالِهِ كما سيأتي في بابِهِ[9].

[٢٥٨٦٨] (قولُهُ: ولو اختَلَفا فيه) بأنْ قال المُحتالُ: ماتَ المُحتالُ عليه بلا تَرِكةٍ، وقال المُحيلُ: عن تَرِكةٍ، "بزّازيَّة"[10].

---

(١) "الشرنبلالية": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل الحوالة ٧٣/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الكفاية": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٤) "طِلبة الطَّلَبة": كتاب الكفالة والحوالة صـ٢٨٩ـ.

(٥) في "ب" و"م": ((عن)).

(٦) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦.

(٧) انظر "الكفاية": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٨) "التصحيح والترجيح": كتاب أدب القضاء صـ٤٣٠ـ.

(٩) انظر "الدر" عند المقولة: [٣٠٨٣٥] قوله: ((وعندهما يحجر على الحرِّ)).

(١٠) "البزازية": كتاب الحوالة ٢٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

وكذا في موتِهِ قبلَ الأداءِ أو بعدَهُ (فالقولُ للمُحتالِ مع يمينِهِ على العِلمِ)؛ لتمسُّكِهِ بالأصلِ، وهو العُسرةُ، "زيلعي"[1]. وقيل: القولُ للمُحيلِ بيمينِهِ، "فتح". (طالَبَ المُحتالُ عليه المُحيلَ بما) أي: بمثلِ ما (أحالَ) به[2] مُدَّعياً قضاءَ دَيْنِهِ بأمرِهِ، (فقالَ المُحيلُ): إنَّما (أَحلتُ بدَيْنٍ) ثابتٍ (لي عليك) لم يُقبَلْ قولُهُ،..................

[٢٥٨٦٩] (قولُهُ: وكذا في موتِهِ قبلَ الأداءِ أو بعدَهُ) الأَولى: وبعدَهُ بالواوِ كما في بعضِ [٣/ق١٩٠/أ] النُّسَخِ[3]؛ لأنَّ الاختلافَ فيهما لا في أحدِهما.

[٢٥٨٧٠] (قولُهُ: على العِلمِ) أي: نفيِ العِلمِ، بأنْ يَحلِفَ أنَّه لا يعلَمُ يسارَهُ، "ط"[4]. وهذا في مسألةِ "المتنِ"، أمّا في الاختلافِ في الموتِ قبلَ الأداءِ أو بعدَهُ فإنَّه يَحلِفُ على البتاتِ؛ لكونِهِ على فعلِ نفسِهِ، وهو القَبْضُ، أفادَهُ "ح"[5].

[٢٥٨٧١] (قولُهُ: وهو العُسرَةُ) أي: في المسألةِ الأُولى، وعَدَمُ الأداءِ في الثّانيةِ.

[٢٥٨٧٢] (قولُهُ: وقيل: القولُ للمُحيلِ بيمينِهِ) لإنكارِهِ عَودَ الدَّينِ، "فتح"[6].

[٢٥٨٧٣] (قولُهُ: طالَبَ المُحتالُ عليه المُحيلَ إلخ) أي: بعدَما دفَعَ المُحالُ به إلى المُحتالِ ولو حُكماً بأنْ وهَبَهُ المُحتالُ مِن المُحالِ عليه؛ لأنَّه قبلَ الدَّفعِ إليه لا يُطالبُهُ إلاّ إذا طُولِبَ، ولا يُلازمُهُ إلاّ إذا لُوزِمَ، وتمامُهُ في "البحر"[7].

[٢٥٨٧٤] (قولُهُ: بأمرِهِ) قيَّد به لأنَّه لو قضاهُ بغيرِ أمرِهِ يكونُ مُتبرِّعاً ولو لم يدَّعِ المُحيلُ ما ذكر، "ط"[8].

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الحوالة ١٧٣/٤.

(٢) قوله: ((به)) داخلةٌ في المتن في "و".

(٣) كما في نسخة "و".

(٤) "ط": كتاب الحوالة ١٧٠/٣.

(٥) "ح": كتاب الحوالة ق٣٠٦/ب.

(٦) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦.

(٧) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٣/٦.

(٨) "ط": كتاب الحوالة ١٧٠/٣.

بل (ضَمِنَ) المُحيلُ (مثلَ الدَّينِ) للمُحتالِ عليه؛ لإنكارِهِ، وقَبولُ الحوالةِ ليس إقراراً بالدَّينِ؛ لصحَّتِها بدونِهِ، (وإنْ قال المُحيلُ للمُحتالِ: أَحلتُكَ) على فُلانٍ بمعنى: وكَّلتُكَ (لتقبضَهُ لي، فقال المُحتالُ:) بل (أَحلتَني بدَينٍ لي عليك فالقولُ للمُحيلِ)...........

[٢٥٨٧٥] (قولُهُ: مثلَ الدَّينِ) إنَّما لم يقُلْ: بما أدّاه لأنَّه لو كان المُحالُ به دراهمَ فأدَّى دنانيرَ أو عكسَهُ صَرْفاً رجَعَ بالمُحالِ به، وكذا إذا[1] أعطاهُ عَرْضاً، وإنْ أعطاهُ زُيوفاً بدَلَ الجيادِ رجَعَ بالجيادِ، وكذا لو صالَحَهُ بشيءٍ رجَعَ بالمُحالِ به، إلاّ إذا صالَحَهُ عن جنسِ الدَّينِ بأقلَّ، فإنَّه يرجعُ بقَدْرِ المؤدَّى، بخلافِ المأمورِ بقضاءِ الدَّينِ، فإنَّه يرجعُ بما أدَّى، إلاّ إذا[2] أدَّى أجودَ أو جنساً آخَرَ، "بحر"[3].

[٢٥٨٧٦] (قولُهُ: لإنكارِهِ) قال في "البحر"[3]: ((لأنَّ سببَ الرُّجوعِ قد تحقَّقَ، وهو قضاءُ دَيْنِهِ بأمرِهِ، إلاّ أنَّ المُحيلَ يدَّعي عليه دَيْناً وهو يُنكِرُ، والقولُ للمُنكِرِ)) اهـ.

[٢٥٨٧٧] (قولُهُ: فقال المُحتالُ) فيه إيماءٌ إلى أنَّه حاضرٌ، فلو كان غائباً وأرادَ المُحيلُ قَبْضَ ما على المُحالِ عليه قائلاً: إنَّما وكَّلتُهُ بقَبْضِهِ قال "أبو يوسفَ": لا أصدِّقُهُ ولا أقبلُ بيِّنتَهُ، وقال "محمَّدٌ": يُقبَلُ قولُهُ كما في "الخانيَّة"[4]. ولو ادَّعى المُحالُ أنَّ المُحالَ به ثَمنُ مَتاعٍ كان المُحيلُ وكيلاً في بَيْعِهِ وأنكرَ المُحيلُ ذلك فالقولُ له أيضاً، "نهر"[5].

[٢٥٨٧٨] (قولُهُ: فالقولُ للمُحيلِ) فيؤمرُ المُحتالُ بردِّ ما أخَذَهُ إلى المُحيلِ؛ لأنَّ المُحيلَ يُنكِرُ أنَّ عليه شيئاً، والقولُ للمُنكِرِ، ولا تكونُ الحوالةُ إقراراً مِن المُحيلِ بالدَّينِ للمُحتالِ على المُحيلِ؛ لأنَّها مُستعمَلةٌ للوكالةِ أيضاً، "ابن كمالٍ".

(قولُهُ: وأنكرَ المُحيلُ ذلك فالقولُ له أيضاً) لأنَّ المُحتالَ أقرَّ له باليدِ والتَّصرُّفُ له في ذلك المالِ، والإنسانُ يتصرَّفُ ظاهراً لنفسِهِ، فلا تُسمَعُ دعواهُ أنَّ ذلك له بلا بيِّنةٍ، "زيلعيّ".

---

(١) في "الأصل": ((لو)).

(٢) ((إذا)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٣/٦.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل الحوالة ٧٥/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/أ ـ ب.

لأنَّه مُنكِرٌ ولفظُ الحوالةِ يُستعمَلُ في الوكالةِ. (أحالَهُ بما لَهُ عندَ زيدٍ) حالَ كونِهِ (وديعةً) بأنْ أودَعَ رجلاً ألفاً، ثمَّ أحالَ بها غريمَهُ (صحَّتْ، ....

[٢٥٨٧٩] (قولُهُ: يُستعمَلُ في الوكالةِ) أي: مجازاً، ومِنه قولُ "محمَّدٍ": إذا امتنَعَ المضاربُ عن تقاضي الدَّينِ لعَدَمِ الرِّبحِ يُقالُ له: أَحِلْ رَبَّ الدَّينِ، أي: وكِّلْهُ، "نهر"[١]. ولكنْ لَمّا كانَ فيه نوعُ مُخالفةٍ للظّاهرِ صُدِّقَ مع يمينِهِ كما في "المنح"[٢]، وأفادَ في "البحر"[٣] عن "السِّراج": ((أنَّ المُحيلَ لا يَملِكُ إبطالَ هذه الحوالةِ؛ لأنَّها صحَّت مُحتمِلةً أنْ تكونَ بمالٍ هو دَيْنٌ عليه، وأنْ تكونَ توكيلاً فلا يَجُوزُ إبطالُها بالاحتمالِ)) اهـ.

[٢٥٨٨٠] (قولُهُ: بما لَهُ) الأظهَرُ أنَّ ((ما)) موصولةٌ أو موصوفةٌ، و((اللاّمُ)) جارَّةٌ، ويَحتمِلُ أنَّها كلمةٌ واحدةٌ مجرورةٌ بكسرةِ[٤] اللاّمِ.

[٢٥٨٨١] (قولُهُ: وديعةً) المرادُ بها الأمانةُ كما عبَّرَ به في "الفتح"[٥] وغيرِهِ، قال "ط"[٦]: ((فيَعُمُّ العاريةَ والموهوبَ إذا تراضَيا على ردِّهِ أو قضَى القاضي به، والعَينَ المستأجَرةَ إذا انقضَت مُدَّةُ الإجارةِ)).

[٢٥٨٨٢] (قولُهُ: صحَّتْ) لأنَّه أقدَرُ على القضاءِ؛ لتَيَسُّرِ ما يقضي به وحضورِهِ، بخلافِ الدَّينِ، "فتح"[٧].

(قولُهُ: أي: مجازاً) أي: مُتعارَفاً، فيمكنُ أنْ يُخرِجَهُ عن الحقيقةِ، ولو لم يُخرِجْهُ كان مُحتمِلاً فلا يدُلُّ على الإقرارِ، فاندفَعَ ما قيل: إنَّه لا يُعارِضُ الحقيقةَ، فاحتمالُهُ لا يُخرِجُهُ عن إرادةِ الحقيقةِ. اهـ "منبع".

(قولُ "المصنِّف": أحالَهُ بما له عندَ زيدٍ وديعةً إلخ) هذه مِن مسائلِ "الجامع الصَّغير"، صورتُها: رجلٌ أودَعَ رجلاً ألفَ درهمٍ ولرجلٍ على المودِعِ ألفُ درهمٍ، فأحالَ المودِعُ الذي له الألفُ على المستودَعِ بالألفِ الذي عندَهُ. اهـ "بناية".

---

(١) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/أ.

(٢) "المنح": كتاب الحوالة ٢/ق٥١/ب.

(٣) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٣/٦ ـ ٢٧٤

(٤) في "آ": ((بكسر)).

(٥) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٤/٦.

(٦) "ط": كتاب الحوالة ١٧٠/٣.

(٧) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٣/٦.

فإنْ هلَكَتِ) الوديعةُ (بَرِئَ) المودِعُ وعادَ الدَّينُ على المُحيلِ؛ لأنَّ الحوالةَ مُقيَّدةٌ بها بخلافِ المقيَّدةِ بالمغصوبِ، فإنَّه لا يبرأُ؛ لأنَّ مِثلَهُ يَخلُفُه، ....

[٢٥٨٨٣] (قولُهُ: فإنْ هلَكَتِ الوديعةُ) قيَّدَ بهلاكِ الوديعةِ لأنَّ الحوالةَ لو كانت مُقيَّدةً بدَيْنٍ ثمَّ ارتفَعَ ذلك الدَّينُ لم تبطُلْ على تفصيلٍ فيه، "بحر"(١)، ويأتي(٢) بعضُهُ.

[٢٥٨٨٤] (قولُهُ: بَرِئَ المودِعُ) ويثبُتُ الهلاكُ بقولِهِ، "نهر"(٣). واستحقاقُ الوديعةِ مُبطِلٌ للحوالةِ كهلاكِها كما في "الخانيَّة"(٤).

ولو لم يُعطِ المُحالُ عليه الوديعةَ، وإنَّما قضَى مِن مالِهِ كان مُتطوِّعاً قياساً لا استحساناً، كذا في "المحيط"، وفي "التّاترخانيَّة"(٥): ((لو وهَبَ المُحتالُ الوديعةَ مِن المُحالِ عليه صحَّ التَّمليكُ؛ لأنَّه لَمّا كان له حَقٌّ أنْ يتملَّكَها كان له حَقٌّ أنْ يُملِّكَها))، "بحر"(٦).

[٢٥٨٨٥] (قولُهُ: وعادَ الدَّينُ على المُحيلِ) لأنَّه تَوِيَ حَقُّهُ، وأمّا ما سبَقَ(٧) مِن أنَّ التَّوَى بوجهينِ [٣/ق١٩٠/ب] عندَهُ وثلاثةِ أوجهٍ عندَهما ففي الحوالةِ المطلَقةِ، فلا يَرِدُ شيءٌ بهذا الوجهِ الرّابعِ، "يعقوبيَّة".

[٢٥٨٨٦] (قولُهُ: لأنَّ مِثلَهُ يَخلُفُه) أرادَ بالمثلِ البدَلَ ليشمَلَ القِيْميَّ، قال في "الفتح"(٨): ((فإذا هلَكَ المغصوبُ المُحالُ به لا تبطُلُ الحوالةُ ولا يبرأُ المُحالُ عليه؛ لأنَّ الواجبَ على الغاصبِ رَدُّ العَينِ، فإنْ عجزَ رَدَّ المثلَ أو القيمةَ، فإذا هلَكَ في يدِ الغاصبِ(٩) المُحالِ عليه لا يبرأُ؛ لأنَّ له خَلَفاً،

---

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٥.

(٢) المقولة [٢٥٨٩١] قوله: ((بخلافِ الحوالةِ المطلَقةِ)).

(٣) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/ب.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل الحوالة ٣/٧٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "التاترخانية": كتاب الحوالة ـ الفصل الثاني في بيان أنواع الحوالة ٤/ق٢٤٣/أ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٤ ـ ٢٧٥ باختصار.

(٧) صـ٢٢٦ـ وما بعدها "در".

(٨) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٥٣ ـ ٣٥٤.

(٩) في "ب": ((لغاصب)).

وتَصِحُّ أيضاً بدَيْنٍ خاصٍّ. فصارتِ الحوالةُ المقيَّدةُ ثلاثـةَ أقسـامٍ، وحُكمُهـا: أنْ لا يَملِـكَ المُحيلُ مُطالَبةَ المُحتالِ عليه، ولا المُحتالُ عليه دَفْعَها للمُحيلِ،..........

والفواتُ إلى خلَفٍ كلا فواتٍ، فبَقِيَت مُتعلِّقـةً بخَلَفِـه فيرَدُّ خَلَفَـه علـى المُحتـالِ)) اهـ. فلـو استُحِقَّ المغصوبُ بطَلَت؛ لعَدَمِ ما يَخلُفُه كما في "الدُّرر"[1].

[٢٥٨٨٧] (قولُهُ: وتَصِحُّ أيضاً بدَيْنٍ خاصٍّ) بأنْ يُحيلَهُ بدَيْنِهِ الذي له على فُلانٍ المُحـالِ عليه، "فتح"[2].

٢٩٣/٤ وفي "الخلاصة"[3] عن "التَّجريد"[4]: ((لو كان للمُحيلِ على المُحتالِ عليه دَيْـنٌ فأحـالَ بـه مُطلَقاً ولم يَشترِطْ في الحوالةِ أنْ يُعطيَهُ مِمّا عليه فالحوالـةُ جـائزةٌ، ودَيْـنُ المُحيـلِ بحالِـهِ، ولـه أنْ يُطالِبَهُ به)) اهـ. ومثلُهُ في "البزّازيَّة"[5]، ومُقتضاهُ أنَّها لا تكونُ مُقيَّدةً ما لم يُنصَّ على الدَّيْنِ.

[٢٥٨٨٨] (قولُهُ: ثلاثةَ أقسامٍ) أي: مُقيَّدةً بعَينِ أمانةٍ، أو مغصوبةٍ، أو بدَينٍ خاصٍّ.

[٢٥٨٨٩] (قولُـهُ: وحُكمُهـا: إلـخ) أي: حُكـمُ المقيَّـدةِ في هـذه الأقسـامِ الثَّلاثـةِ أنْ لا يَملِـكَ المُحيلُ مُطالَبةَ المُحالِ عليه بذلك العَيـنِ ولا بذلـك الدَّيـنِ؛ لأنَّ الحوالـةَ لَمّـا قُيِّـدَت بهـا تعلَّـقَ حَـقُّ الطّالبِ به، وهو استيفاءُ دَيْنِهِ مِنه على مثالِ الرَّهنِ، وأَخْذُ المُحيلِ يُبطِلُ هذا الحَقَّ فلا يَجُوزُ، فلو دفَعَ المُحالُ عليه العَينَ أو الدَّينَ إلى المُحيلِ ضَمِنَهُ للطّـالبِ؛ لأنَّـه اسـتهلَكَ مـا تعلَّـقَ بـه حَـقُّ المُحتالِ كما إذا استهلَكَ الرَّهنَ أحدٌ يضمَنُهُ للمُرتهِنِ؛ لأنَّه يستحِقُّهُ، "فتح"[6].

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣٠٩.

(٢) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٥٤.

(٣) "الخلاصة": كتاب الحوالة ق٢٥٥/أ.

(٤) ذكر في "كشف الظنون" ١/٣٤٦ عند كلامه على "تجريد القدوري" أن للحنفية تجريداً آخر لمحمد بن شجاع الثلجيّ (ت٢٦٦هـ)، ذكره صاحب "الخلاصة" في أول كتاب الزكاة. انظر "الخلاصة" ق٦٠/ب. على أننا لم نجد أحداً ممن ترجم للثلجيّ ذكر أنَّ له "التجريد"، وعلى أننا لم نعثر على المسألة في مظانها من "تجريد القدوري".

(٥) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٥٤.

مع أنَّ المُحتالَ أُسوةٌ لغُرَماءِ المُحيلِ بعدَ موتِهِ، ....

[٢٥٨٩٠] (قولُهُ: مع أنَّ المُحتالَ إلخ) يعني أنَّ هذه الأموالَ إذا تعلَّقَ بها حَقُّ المُحتالِ كان ينبغي أنْ لا يكونَ المُحتالُ أُسوةً لغُرَماءِ المُحيلِ بعدَ موتِهِ كما في الرَّهنِ، مع أنَّه أسوةٌ لهم؛ لأنَّ العَينَ التي بيدِ المُحتالِ عليه للمُحيلِ، والدَّينُ الذي له عليه لم يَصِرْ مملوكاً للمُحالِ بعَقْدِ الحوالةِ لا يداً ـ وهو ظاهرٌ ـ ولا رَقَبةً؛ ولأنَّ الحوالةَ ما وُضِعَت للتَّمليكِ، بل للنَّقلِ، فيكونُ بينَ الغُرَماءِ. وأمَّا المُرتهِنُ فملَكَ المرهونَ يداً وحبساً[١]، فيثبُتُ له نوعُ اختصاصٍ بالمرهونِ شرعاً لم يثبُتْ لغيرِهِ، فلا يكونُ لغيرِهِ أنْ يُشاركَهُ فيه. اهـ "دُرر"[٢]. قال في "البحر"[٣]: ((وإذا قُسِمَ الدَّينُ بينَ غُرَماءِ المُحيلِ لا يرجعُ المُحتالُ على المُحالِ عليه بحصَّةِ الغُرَماءِ؛ لاستحقاقِ الدَّينِ الذي كان عليه)). ولو ماتَ المُحيلُ وله ورَثةٌ لا غُرَماءُ استظهَرَ في "البحر"[٤] ـ وأقرَّهُ مَن بعدَهُ ـ: ((أنَّ الدَّينَ المُحالَ به قبلَ قَبْضِ المُحتالِ يُقْسَمُ بينَ الورَثةِ، بمعنى أنَّ لهمُ المطالبةَ به دونَ المُحتالِ، فيُضَمُّ إلى تَركتِهِ)) اهـ. وحينئذٍ فيتبَعُ المُحتالُ التَّركةَ، "ط"[٥].

(تنبيهٌ)

ما ذُكِرَ مِن القِسمةِ وكونِ المُحتالِ أُسوةَ الغُرَماءِ في الحوالةِ المقيَّدةِ يُعلَمُ مِنه بالأَولى أنَّ الحوالةَ

(قولُهُ: يُعلَمُ مِنه بالأَولى أنَّ الحوالةَ المطلَقةَ كذلك إلخ) فيما قالَهُ تأمُّلٌ، وذلك أنَّ الحوالةَ المطلَقةَ أَوجبَت براءةَ ذمَّةِ المُحيلِ مِن الدَّينِ وترتُّبَهُ في ذمَّةِ المُحالِ عليه، ولا يعودُ شيءٌ مِنه على المُحيلِ إلاَّ بالتَّوَى، حتَّى لو ماتَ لا يأخُذُ المُحتالُ الدَّينَ مِن تَركتِهِ وإنْ كان له أَخْذُ كفيلٍ كما قدَّمَهُ عن "شرح المجمع"، وعبارة "البزَّازيَّة": ((ماتَ المُحيلُ بعدَ الحوالةِ قبلَ استيفاءِ المُحتالِ المالَ مِن المُحتالِ عليه وعلى المُحيلِ ديونٌ كثيرةٌ، فالمُحتالُ مع سائرِ الغُرَماءِ سواءٌ، ولا يترجَّحُ المُحتالُ بالحوالةِ، ولو قيَّدَهُ بدَيْنِهِ الذي على المُحتالِ عليه لو ماتَ قبلَ الاستيفاءِ يتساوى المُحتالُ مع سائرِ الغُرَماءِ)) اهـ. وهكذا عبارةُ "الخلاصة" عن "الزِّيادات"، والظَّاهرُ حَمْلُ ما ذُكِرَ فيهما أوَّلاً على الحوالةِ المقيَّدةِ بالعَينِ لا المطلَقةِ، وإلاَّ تنافَى كلامُهم.

---

(١) عبارة "الدرر": ((جنساً))، وهو خطأ.

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣٠٩.

(٣) ((البحر)) ساقطة من "الأصل"، وانظر "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٤.

(٤) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٤.

(٥) "ط": كتاب الحوالة ٣/١٧١.

بخلافِ الحوالةِ المطلَقةِ كما بسَطَهُ "خُسرو"[١] وغيرُهُ.........................

المطلَقةَ كذلك كما[٢] صرَّحَ به في "الخلاصة"[٣] و"البزّازيّة"[٤]، وصرَّحَ في "الحاوي"[٥] بُبطلانِ الحوالةِ بموتِ المُحالِ عليهِ. وقدَّمنا[٦] عن "الكافي": ((أنَّ ما بَقِيَ للمُحتالِ بعدَ القِسمةِ يَرجِعُ به على المُحيلِ، وأنَّه لو ماتَ المُحيلُ مديوناً: فما قبَضَهُ المُحتالُ فهو له، وما بَقِيَ يُقسَمُ بينَهُ وبينَ الغُرَماءِ)).

[٢٥٨٩١] (قولُهُ: بخلافِ الحوالةِ المطلَقةِ) أي: فيَملِكُ المُحيلُ المطالَبةَ، قال في "الفتح"[٧]: ((هذا مُتَّصِلٌ بقولِهِ: لا يَملِكُ المُحيلُ مُطالَبةَ المُحتالِ عليه بالعَينِ المُحالِ به والدَّينِ، والمطلَقةُ هي أنْ يقولَ المُحيلُ للطّالبِ: أحلتُكَ بالألفِ التي لك عليَّ على هذا الرَّجلِ، ولم يقُلْ: ليُؤدِّيَها مِن المالِ الذي عليه[٨]، فلو له عندَهُ وديعةٌ أو مغصوبةٌ أو دَيْنٌ كان له أنْ يُطالِبَهُ بهِ؛ لأنَّه لا تعلُّقَ للمُحتالِ بذلك الدَّينِ أو العَينِ؛ لوُقوعِها مُطلَقةً عنه، بل بذمَّةِ المُحتالِ عليه، وفي الذِّمَّةِ سَعَةٌ، فبأَخْذِ[٩] دَيْنِهِ أو عَيْنِهِ مِن المُحتالِ عليه لا تبطُلُ الحوالةُ. ومِن المطلَقةِ: أنْ يُحيلَ على رجلٍ ليس له عندَهُ ولا عليه شيءٌ))، وقال في "الجوهرة"[١٠]: ((والفرقُ [٣/ق١٩١/أ] بينَ المطلَقةِ والمقيَّدةِ أنَّه في المقيَّدةِ انقطَعَت مُطالَبةُ المُحيلِ مِن المُحالِ عليه، فإنْ بطَلَ الدَّينُ في المقيَّدةِ وتبيَّنَ براءةُ المُحالِ عليه مِن الدَّينِ الذي قُيِّدَت به الحوالةُ بطَلَت، مثلُ أنْ يُحيلَ البائعُ رجلاً على المشتري بالثَّمنِ، ثمَّ استُحِقَّ المبيعُ أو ظهَرَ حُرّاً فتبطُلُ، وللمُحالِ الرُّجوعُ على المُحيلِ بدَيْنِهِ، وكذا لو قيَّدَ بوديعةٍ فهلَكَت عندَ المودَعِ.

(قولُهُ: وصرَّحَ في "الحاوي" بُبطلانِ الحوالةِ بموتِ المُحالِ عليه) أي: في المقيَّدةِ، وفي المطلَقةِ يُؤخَذُ الدَّينُ مِن تَرِكتِهِ، وما في "الكافي" إنَّما هو في المقيَّدةِ أيضاً كما هو ظاهرٌ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣٠٩.

(٢) في "م": ((لما)).

(٣) "الخلاصة": كتاب الحوالة ق٢٥٥/ب.

(٤) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) لم نعثر على المسألة في مظانّها من مخطوطة "الحاوي القدسي" التي بين أيدينا.

(٦) المقولة [٢٥٨٥٥] قوله: ((ولا يرجِعُ المُحتالُ على المُحيلِ إلخ)).

(٧) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٥٥ باختصار.

(٨) في "آ": ((الذي له عليه))، وعبارة "الفتح": ((الذي لي عليه)).

(٩) في "آ" و"م": ((فيأخذ))، وهو خطأ.

(١٠) "الجوهرة النيرة": كتاب الحوالة ١/٣٨٠ بتصرف.

(باعَ بشرطِ أنْ يُحيلَ على المشتري بالثَّمنِ غريماً له) أي: للبائعِ (بطَلَ، ولو باعَ بشرطِ أنْ يَحتالَ بالثَّمنِ صحَّ) ....

وأمّا إذا سقَطَ الدَّينُ الذي قُيِّدَت به الحوالةُ بأمرٍ عارضٍ ولم تتبيَّنْ براءةُ الأصيلِ مِنه فلا تبطُلُ، مثلُ أنْ يَحتالَ بألفٍ مِن ثَمنِ مبيعٍ فهلَكَ المبيعُ عندَهُ قبلَ تسليمِهِ للمُشتري سقَطَ الثَّمنُ عن المشتري، ولا تبطُلُ الحوالةُ، ولكنَّه إذا أدَّى رجَعَ على المُحيلِ بما أدَّى؛ لأنَّه قضَى دَيْنَهُ بأمرِهِ، وأمّا إذا كانت مُطلَقةً فإنَّها لا تبطُلُ بحالٍ مِن الأحوالِ، ولا تَنقطِعُ فيها مُطالَبةُ المُحيلِ عن المُحالِ عليه إلى أنْ يُؤدِّيَ، فإذا أدَّى سقَطَ ما عليه قِصاصاً، ولو تبيَّنَ براءةُ المُحالِ عليه مِن دَيْنِ المُحيلِ لا تبطُلُ أيضاً، ولو أنَّ المُحالَ أَبرَأَ المُحالَ عليه مِن الدَّينِ صحَّ وإنْ لم يَقبَلِ المُحالُ عليه، ولا يرجِعُ المُحالُ عليه على المُحيلِ بشيءٍ؛ لأنَّ البراءةَ إسقاطٌ لا تمليكٌ، وإنْ وهَبَهُ له احتاجَ إلى القَبُولِ، وله أنْ يرجِعَ على المُحيلِ؛ لأنَّه ملَكَ ما في ذمَّتِهِ بالهبةِ، فصار كما لو ملَكَهُ بالأداءِ، وكذا لو ماتَ المُحالُ[1] فورِثَهُ المُحالُ عليه له أنْ يرجِعَ على المُحيلِ؛ لأنَّه ملَكَهُ بالإرثِ))، وتمامُ الكلامِ فيها[2]. قال في "البحر"[3]: ((وقد وقعَت حادثةُ الفتوى في المديونِ إذا باعَ شيئاً مِن دائنِهِ بمثلِ الدَّينِ، ثمَّ أحالَ عليه بنظيرِ الثَّمنِ أو بالثَّمنِ فهل يَصِحُّ أم لا؟ فأجبتُ: إذا وقَعَ بنظيرِهِ صحَّت؛ لأنَّها لم تُقيَّدْ بالثَّمنِ، ولا يُشترَطُ لصحَّتِها دَيْنٌ على المُحالِ عليه، وإنْ وقعَت بالثَّمنِ فهي مُقيَّدةٌ بالدَّينِ، وهو مُستحَقٌّ للمُحالِ عليه؛ لوُقوعِ المقاصَّةِ بنفسِ الشِّراءِ. وقدَّمنا أنَّ الدَّينَ إذا استُحِقَّ للغيرِ فإنَّها تبطُلُ، واللهُ سبحانَه وتعالى أعلَمُ)) اهـ. أي: لأنَّ الدَّينَ لم يسقُطْ بأمرٍ عارضٍ بعدَ الحوالةِ، بل تبيَّنَ براءةُ المُحالِ عليه مِنه بأمرٍ سابقٍ.

[٢٥٨٩٢] (قولُهُ: بطَلَ) أي: البَيعُ، أي: فسَدَ؛ لأنَّه شرطٌ لا يقتضيهِ العقدُ، وفيه نفعٌ للبائعِ، "درر"[4]، أي: وبطَلَتِ الحوالةُ التي في ضمنِهِ، "ط"[5].

قلتُ: ووجهُ النَّفعِ أنَّ فيه دَفْعَ مُطالَبةِ غريمِهِ له وتسليطَهُ على المشتري.

---

(١) في "م": ((المُحيل))، وهو خطأ.

(٢) انظر "الجوهرة النيرة": كتاب الحوالة ١/٣٨٠.

(٣) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٥.

(٤) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣١٠.

(٥) "ط": كتاب الحوالة ٣/١٧١.

لأنّه شرطٌ مُلائمٌ كشرطِ الجَودةِ بخلافِ الأوَّلِ. (أدَّى المالَ في الحوالةِ الفاسدةِ فهو بالخِيارِ: إنْ شاءَ رجَعَ على) المُحتالِ (القابضِ، وإنْ شاءَ رجَعَ على المُحيلِ)، وكذا في كلِّ موضعٍ ورَدَ الاستحقاقُ، "بزّازيّة"[1]، وفيها[1]: ((ومِن صورِ فسادِ الحوالةِ ما لو شرَطَ فيها الإعطاءَ مِن ثَمنِ دارِ المُحيلِ مثلاً؛ ....

[٢٥٨٩٣] (قولُهُ: لأنَّه شرطٌ مُلائمٌ) لأنَّه يُؤكِّدُ مُوجَبَ العقدِ؛ إذِ الحوالةُ في العادةِ تكونُ على الأملأ[2] والأحسنِ قضاءً، فصار كشرطِ الجَودةِ، "درر"[3].

٤/٢٩٤

قلتُ: وحاصلُهُ أنَّ في هذا الشَّرطِ تعجيلَ اقتضائِهِ الثَّمنَ في زعمِ البائعِ.

[٢٥٨٩٤] (قولُهُ: بخلافِ الأوَّلِ) لأنَّ المطلوبَ بالثَّمنِ قبلَ الحوالةِ وبعدَها واحدٌ، وهو المشتري.

[٢٥٨٩٥] (قولُهُ: في الحوالةِ الفاسدةِ) كالصُّورِ الآتيةِ[4].

[٢٥٨٩٦] (قولُهُ: فهو) أي: المؤدِّي، وهو المُحالُ عليه.

[٢٥٨٩٧] (قولُهُ: وكذا في كلِّ موضعٍ ورَدَ الاستحقاقُ) أي: استحقاقُ المبيعِ الذي أُحيلَ بثَمنِهِ، قال في "الخلاصة"[5] و"البزّازيّة"[6]: ((وعلى هذا إذا باعَ الآجرُ المستأجَرَ وأحالَ المستأجِرَ على المشتري، ثمَّ استُحِقَّ المبيعُ مِن يدِ المشتري وهو قد أدَّى الثَّمنَ إلى المستأجِرِ: إنْ شاءَ رجَعَ بالثَّمنِ على المؤجِّرِ المُحيلِ، وإنْ شاءَ رجَعَ على المستأجِرِ القابضِ)) اهـ.

[٢٥٨٩٨] (قولُهُ: ما لو شرَطَ فيها الإعطاءَ إلخ) صادقٌ بما إذا وقَعَ الشَّرطُ بينَ المُحيلِ والمُحالِ عليه، أو بينَ الثَّلاثةِ[7]، فافهمْ، وهي مِن قِسمِ[8] الحوالةِ المقيَّدةِ.

[٢٥٨٩٩] (قولُهُ: مثلاً) أدخَلَ به الأجنبيَّ للعِلَّةِ المذكورةِ، "ط"[9].

---

(١) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٧ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "م": ((الملاء)).

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣١٠.

(٤) في هذه الصحيفة وما بعدها "در".

(٥) "الخلاصة": كتاب الحوالة ق٢٥٦/أ.

(٦) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) ثَمَّ خطأٌ طباعيٌّ في نسخة "م" في هذا الموضع.

(٨) ((قسم)) ليست في "الأصل".

(٩) "ط": كتاب الحوالة ٣/١٧١.

لعجزِهِ عن الوفاءِ بالملتزَمِ، نَعَمْ لو أجازَ جازَ كما لو قَبِلَها المُحتالُ عليه بشرطِ الإعطاءِ مِن ثَمنِ دارِهِ، ولكنْ لا يُجبَرُ على البَيعِ، ....

[٢٥٩٠٠] (قولُهُ: لعجزِهِ عن الوفاءِ) عِلَّةٌ للفسادِ؛ لأنَّه شرطٌ غيرُ ملائمٍ.

[٢٥٩٠١] (قولُهُ: نَعَمْ لو أجازَ) أي: المُحيلُ بَيْعَ دارِهِ بأنْ أمرَهُ بالبَيعِ فحينئذٍ يَصِحُّ، لوُجودِ القُدرةِ على البَيعِ والأداءِ كما في "الدُّرر"[(١)]، وقد ذكَرَ في "البزّازيَّة"[(٢)] المسألةَ بدون هذا الاستدراكِ، ثمَّ قال[(٣)] [٣/ق١٩١/ب] بعدَ نحوِ صفحةٍ ما نصُّهُ: ((وفي "الظَّهيريَّة"[(٤)]: احتالَ على أنْ يُؤدِّيَهُ مِن ثَمنِ دارِ المُحيلِ، وقد كان أمرَهُ بذلك حتّى جازَتِ الحوالةُ لا يُجبَرُ المُحتالُ عليه على الأداءِ قبلَ البَيعِ، ويُجبَرُ على البَيعِ إنْ كان البَيعُ مشروطاً في الحوالةِ كما في الرَّهنِ، وإنَّما أعَدنا المسألةَ لأنَّه توفيقٌ بينَ الرِّواياتِ المختلِفةِ)) اهـ. ومُفادُهُ أنَّه يُجبَرُ في بعضِ الرِّواياتِ، وفي بعضِها لا يُجبَرُ. والتَّوفيقُ أنَّه إنْ قَبِلَ المُحالُ عليه الحوالةَ مِن المُحيلِ بشرطِ بَيْعِ دارِ المُحيلِ ليُؤدِّيَ المالَ مِن ثَمنِها صحَّتِ الحوالةُ والشَّرطُ، كما لو شرَطَ المُرتهِنُ بَيْعَ الرَّهنِ إذا لم يُؤدِّ الرّاهنُ المالَ، فإنَّه يَصِحُّ ولا يَملِكُ الرُّجوعَ عن ذلك.

[٢٥٩٠٢] (قولُهُ: كما لو قَبِلَها إلخ) وجهُ الجوازِ أنَّ المُحالَ عليه قادرٌ على الوفاءِ بما التزَمَ.

[٢٥٩٠٣] (قولُهُ: ولكنْ لا يُجبَرُ على البَيعِ) لعَدَمِ وُجوبِ الأداءِ قبلَ البَيعِ، "درر"[(٥)]. وعبارةُ "البزّازيَّة"[(٦)]: ((ولا يُجبَرُ على بَيْعِ دارِهِ كما إذا كان قَبُولُها بشرطِ الإعطاءِ عندَ الحصادِ لا يُجبَرُ على الإعطاءِ قبلَ الأجلِ)) اهـ.

(قولُهُ: ويُجبَرُ على البَيعِ إنْ كان البَيعُ مشروطاً في الحوالةِ إلخ) نحوُهُ في "الهنديَّة".

(قولُهُ: ولا يُجبَرُ على بَيْعِ دارِهِ إلخ) مقتضى صحَّةِ اشتراطِ بَيْعِ دارِ المُحيلِ في العقدِ وجَبْرِهِ على البَيعِ ليُؤدِّيَ مِن الثَّمنِ أنَّه لو اشتُرِطَ في العقدِ بَيْعُ دارِ المُحالِ عليه أنْ يُجبَرَ على البَيعِ وأداءِ الدَّينِ مِن الثَّمنِ، بل هذا أَولى مِن اشتراطِ بَيْعِ دارِ المُحيلِ، تأمَّلْ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣١٠.

(٢) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الظهيرية": كتاب الكفالة والحوالة ـ الفصل الثالث في الدعوى والخصومة في الكفالة وفي مسائل الحوالة ق٣٧٥/أ.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣١٠.

(٦) "البزازية": كتاب الحوالة ٦/٢٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

ولو باعَ يُجبَرُ على الأداءِ)). (ولا يَصِحُّ تأجيلُ عَقْدِها) فلو قال: ضَمِنتُ بما لَكَ على فُلانٍ على أنْ أُحيلَكَ به على فُلانٍ إلى شهرٍ انصرَفَ التّأجيلُ إلى الدَّينِ؛ ....

[٢٥٩٠٤] (قولُهُ: ولو باعَ يُجبَرُ على الأداءِ) لتحقُّقِ الوُجوبِ، "درر"[1].

[٢٥٩٠٥] (قولُهُ: على أنْ أُحيلَكَ به على فُلانٍ) فإنْ أحالَهُ وقَبِلَ جازَ، وإنْ لم يَقبَلْ بَرِئَ الكفيلُ عن الضَّمانِ، وإنْ لم يَقبَلْ فُلانٌ فالكفيلُ على ضمانِهِ، وإنْ ماتَ فُلانٌ لم يُطالَبْ بالمالِ حتّى يَمضِيَ شهرٌ، هذا حاصلُ ما في "البحر"[2] عن "المحيط". ووجهُ قولِهِ: ((لم يُطالَبْ إلخ)) أنّه بموتِ فُلانٍ لم تبقَ الحوالةُ ممكنةً، وقد رَضِيَ الطّالبُ بتأخيرِ المطالَبةِ إلى شهرٍ، فبَقِيَ الأجلُ للكفيلِ فلا يُطالَبُ قبلَهُ، وكذا يُقالُ فيما إذا لم يَقبَلْ فُلانٌ، هذا ما ظهَرَ لي.

[٢٥٩٠٦] (قولُهُ: انصرَفَ التّأجيلُ إلى الدَّينِ إلخ) أي: فلا يُطالَبُ فُلانٌ إلاّ بعدَ الشَّهرِ، ولو انصرَفَ التّأجيلُ إلى العقدِ يصيرُ المعنى: على أنْ أُحيلَكَ حوالةً مُقيَّدةً بشهرٍ، وذلك لا يَصِحُّ؛ لأنّه يُنافي انتقالَ الدَّينِ إلى ذمّةِ المُحالِ عليه، تأمَّلْ.

مطلبٌ في تأجيلِ الحوالةِ

(تنبيهٌ)

قال في "الفتح"[3]: ((تنقَسِمُ الحوالةُ المطلَقةُ إلى حالّةٍ ومُؤجَّلةٍ، فالحالّةُ: أنْ يُحيلَ الطّالبَ بألفٍ

(قولُهُ: وإنْ لم يَقبَلْ) أي: المكفولُ له.

(قولُهُ: وإنْ لم يَقبَلْ فُلانٌ فالكفيلُ على ضمانِهِ إلخ) وجهُ عَدَمِ بُطلانِ الكفالةِ بموتِ فُلانٍ أو عَدَمِ قَبُولِهِ الحوالةَ أنَّ الشَّرطَ قَبُولُ الشَّرطِ مِن الطّالبِ لا تحقُّقُهُ خارجاً كما إذا طلَّقَها على مالٍ يُشترَطُ قَبُولُها له لا تحقُّقُهُ خارجاً، تأمَّلْ.

(قولُهُ: يصيرُ المعنى: على أنْ أُحيلَكَ حوالةً مُقيَّدةً بشهرٍ، وذلك لا يَصِحُّ إلخ) فيه: أنّه ليس الكلامُ في تقييدِ الحوالةِ بمدّةٍ، بل في تأجيلِها، فالأنسَبُ أنْ يقولَ: حوالةً بعدَ شهرٍ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣١٠.

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٦.

(٣) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٥٥.

لأنَّه لا يَصِحُّ تأجيلُ عَقْدِ الحوالةِ، "بحر"[١] عن "المحيط". (وكُرِهَتِ السُّفْتَجَةُ) بضَمِّ السِّينِ ـ وتُفتحُ ـ وفتحِ التّاءِ، ....

هي على المُحيلِ حالّةٌ، فتكونُ على المُحتالِ عليه حالّةً؛ لأنَّ الحوالةَ لتحويلِ الدَّينِ فيتحوَّلُ بصفتِهِ التي على الأصيلِ. والمؤجَّلةُ: أنْ تكونَ الألفُ إلى سنةٍ، فأحالَ بها إلى سنةٍ، ولو أبهَمَها[٢] لم يذكُرْهُ "محمَّدٌ"، وقالوا: ينبغي أنْ تثبُتَ مُؤجَّلةً كما في الكفالةِ، فلو ماتَ المُحيلُ بَقِيَ الأجلُ، لا لو ماتَ المُحالُ عليه؛ لاستغنائهِ عن الأجلِ بموتِهِ، فإنْ لم يَترُكْ وفاءً رجَعَ الطّالبُ على المُحيلِ إلى أجلِهِ؛ لأنَّ الأجلَ سقَطَ حُكماً للحوالةِ وقد انتقَضَتْ بالتَّوَى فينتقِضُ ما في ضِمنِها، كما لو باعَ المديونُ بدَيْنٍ مُؤجَّلٍ عبداً مِن الطّالبِ، ثمَّ استُحِقَّ العبدُ عادَ الأجلُ)) اهـ مُلخَّصاً. وقدَّمنا[٣] قريباً عن "البزّازيَّة": ((لو قَبِلَها إلى الحصادِ لا يُجبَرُ على الإعطاءِ قبلَهُ))، فأفادَ صحَّةَ التّأجيلِ مع الجهالةِ القريبةِ. وقدَّمنا[٤] التَّصريحَ به في كتابِ الكفالةِ. وشَمِلَ التّأجيلُ القَرْضَ فيَصِحُّ هنا، ففي "كافي الحاكم" ما حاصلُهُ: ((لو كان لزيدٍ على عمرٍو ألفٌ قَرْضٌ، ولعمرٍو على بكرٍ ألفٌ قَرْضٌ فأحالَ عمرٌو زيداً بالألفِ على بكرٍ إلى سنةٍ جازَ، وليس لعمرٍو أنْ يأخُذَ بكراً بها، وإنْ أبرأَهُ مِنها أو وهَبَها له لم يَجُزْ)) اهـ.

مطلبٌ في السُّفْتَجَةِ وهي البوليصةُ

[٢٥٩٠٧] (قولُهُ: وكُرِهَتِ السُّفْتَجَةُ) واحدةُ السَّفاتِجِ، فارسيٌّ مُعرَّبٌ، أصلُهُ: سُفتَه، وهو الشَّيءُ المحْكَمُ، سُمِّيَ هذا القَرْضُ به لإحكامِ أمرِهِ كما في "الفتح"[٥] وغيرِهِ.

[٢٥٩٠٨] (قولُهُ: بضَمِّ السِّينِ) أي: وسكونِ الفاءِ كما في "ط"[٦] عن "الوانيّ".

---

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦.

(٢) في "ك" و"م": ((أبهمهما)).

(٣) المقولة [٢٥٩٠٣] قوله: ((ولكنْ لا يُجبَرُ على البَيعِ)).

(٤) المقولة [٢٥٥٢٩] قوله: ((ولا تَصِحُّ إنْ عُلِّقَتْ بغيرِ مُلائمٍ إلخ)).

(٥) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٥/٦.

(٦) "ط": كتاب الحوالة ١٧١/٣.

وهي: إقراضٌ لسُقوطِ خطَرِ الطَّريقِ، فكأنَّه أحالَ الخطَرَ المتوقَّعَ على المُستقرِضِ فكان في معنى الحوالةِ، وقالوا: إذا لم تكنِ المنفعةُ مشروطةً ولا مُتعارَفةً فلا بأسَ. ....

[٢٥٩٠٩] (قولُهُ: وهي: إقراضٌ إلخ) وصورتُها: أنْ يدفَعَ إلى تاجرٍ مالاً قَرْضاً ليدفَعَهُ إلى صديقِهِ، وإنَّما يدفَعُهُ قَرْضاً لا أمانةً ليستفيدَ به سُقوطَ خطَرِ الطَّريقِ، وقيل: هي أنْ يُقرِضَ إنساناً ليَقضِيَهُ المُستقرِضُ في بلدٍ يريدُهُ المقرِضُ؛ ليستفيدَ به سُقوطَ خطَرِ الطَّريقِ، "كفاية"[(١)].

[٢٥٩١٠] (قولُهُ: فكأنَّه أحالَ إلخ) بيانٌ لمناسبةِ المسألةِ بكتابِ الحوالةِ. اهـ "ح"[(٢)]. وفي "نظم الكنز" لـ "ابن الفصيح":

وكُرِهَتْ سَفاتِجُ الطَّريقِ وَهْيَ إحالةٌ على التَّحقيقِ

قال شارحُهُ "المقدِسيُّ": ((لأنَّه [٣/ق١٩٢/أ] يُحيلُ صديقَهُ عليه، أو مَن يكتبُ إليه)).

٤/٢٩٥ [٢٥٩١١] (قولُهُ: وقالوا إلخ) قال في "النَّهر"[(٣)]: ((وإطلاقُ "المصنِّف" يُفيدُ إناطَةَ[(٤)] الكراهةِ بجرِّ النَّفعِ، سواءٌ كان ذلك مشروطاً أوْ لا، قال "الزَّيلعيُّ"[(٥)]: وقيل: إذا لم تكنِ المنفعةُ مشروطةً فلا بأسَ به اهـ. وجَزَمَ بهذا القِيْلِ في "الصُّغْرى" و"الواقعاتِ الحُساميَّة" وفي "الكفايةِ" لـ "البيهقيِّ"[(٦)]، وعلى ذلك جَرَى في صَرْفِ "البزّازيَّة"[(٧)])) اهـ.

---

(١) "الكفاية": كتاب الحوالة ٦/٣٥٥ (ذيل "فتح القدير").

(٢) "ح": كتاب الحوالة ق٣٠٧/أ.

(٣) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/ب.

(٤) قوله: ((إناطة)) صوابُهُ: نَوْط؛ لأنَّ فعلَه ثلاثيٌّ من باب ((قال)) كما في "المصباح". اهـ مصحِّحا "ب" و"م".

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب الحوالة ٤/١٧٥.

(٦) عبارة مخطوطة "النهر" التي بين أيدينا: ((وفي الكفالة لـ "الشهيد"))، وهو تحريف، وتقدمت ترجمة "كفاية البيهقي" ٦/١١٧.

(٧) "البزازية": كتاب الصرف ٥/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

....

وظاهرُ "الفتح" اعتمادُهُ أيضاً حيثُ قال[1]: ((وفي "الفتاوى الصُّغرى" وغيرِها: إنْ كان السُّفْتَجُ مشروطاً في القَرْضِ فهو حرامٌ، والقَرْضُ بهذا الشَّرطِ فاسدٌ وإلاّ جازَ، وصورةُ الشَّرطِ كما في "الواقعات": رجلٌ أقرَضَ رجلاً مالاً على أنْ يكتُبَ له بها إلى بلدِ كذا فإنَّه لا يَجُوزُ، وإنْ أقرَضَهُ بلا شرطٍ وكَتَبَ جازَ، وكذا لو قال: اكتُب لي سُفْتَجةً إلى موضعِ كذا على أنْ أُعطِيَكَ هنا فلا خيرَ فيه، وروي عن "ابن عبّاس" رضي الله عنه ذلك[2]. ألا ترَى أنَّه لو قضاهُ

---

(١) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٥٦.

(٢) روى حَفصُ بن غياثٍ وهُشَيمٌ عن حَجّاج بنِ أَرْطاةَ عن عطاءِ بن أبي رباحٍ أنَّ عبدَ الله بنَ الزُّبير كان يأخُذُ من قوم بمكَّةَ دراهمَ، ثمَّ يكتُبُ بها إلى مصعب بن الزُّبير بالعراق فيأخُذونَها منه، فسئل ابنُ عبّاسٍ عن ذلك فلم يَرَ به بأساً، فقيل له: إنْ أخَذوا أفضلَ من دراهمهم؟ قال: ((لا بأسَ إذا أخَذوا بوَزْنِ دراهِمهم)). أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ في "المصنَّف" ٥/١١٩، والبيهقيُّ ٥/٣٥٢.

والحَجّاجُ: صدوقٌ، مُدلِّسٌ، ضعَّفَه بعضُهم.

وروى حَفصُ بن غياثٍ وعيسى بنُ يونُسَ عن عُبيدِ الله بنِ عبدِ الرَّحمن بنِ مَوهَب عن حَفصِ بنِ المُعتمِر عن أبيه أنَّ عليّاً قال: ((لا بأسَ أنْ يُعطِيَ المالَ بالمدينةِ، ويأخُذَ بإفريقيَّةَ)).

قال البيهقيُّ: فإنْ صحَّ ذلك عنه [أي: عن عليٍّ]، وعن ابن عبّاسٍ رضي الله عنهما فإنَّما أرادا ـ والله أعلم ـ إذا كان ذلك بغير شرطٍ، والله أعلم اهـ.

وروى حَفصُ بن غياثٍ عن حَجّاجِ بن أَرْطاةَ عن أبي مِسكينٍ وخارجةَ عمَّن حدَّثه عن الحسن بن عليٍّ ((أنَّه كان يأخُذُ المالَ بالحجازِ ويُعطيه بالعراقِ، أو بالعراقِ ويُعطيه بالحجازِ)).

وروى وكيعٌ وابن عُلَيَّةَ عن ابنِ عَونٍ عن محمَّد بن سِيرينَ قال: ((لا بأسَ بالسُّفْتَجَة))، ولفظُ إسماعيلَ: ((أنَّه كان لا يَرى بأساً أنْ يدفَعَ الدَّراهمَ بالبصرة، ويأخُذَها بالكوفة)).

وروى شُعبةُ عن الحَكمِ عن إبراهيمَ النَّخَعيِّ قال: لا بأسَ بالسُّفْتَجَة. وكان ميمونُ بنُ أبي شَبيبٍ يكرَهُها. أخرج كلَّ ذلك ابنُ أبي شَيبةَ ٥/١١٨ ـ ١١٩.

وروى حُميدُ بنُ عبد الرَّحمن الرؤاسيُّ عن دينار قال: سألتُ الحسنَ: أُعطي الصَّرّافَ الدِّرهمَ بالبصرة، وآخُذُ السُّفْتَجَة، وآخُذُ مثلَ دراهمي بالكوفة؟ فقال: ((إنَّما يُفعَلُ ذلك من أجلِ اللُّصوصِ، لا خيرَ في قَرْضٍ جَرَّ منفعةً)).

أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ ٥/١٢٠. وروى وكيعٌ وجعفرُ بنُ عَونٍ عن أبي عُميسٍ عن يزيدَ بنِ جُعْدُبة عن عُبيدِ بن السَّبّاق عن زينب الثَّقفيةِ امرأةِ عبدِ الله أنَّ النَّبيَّ ﷺ أعطاها جُذاذَ خمسينَ وَسْقاً تمراً بخيبر وعشرينَ وَسْقاً شعيراً، قالت: فجاءني عاصمُ بن عَدِيٍّ في إمارة عمرَ رضي الله عنه، فقال لي: هل لك أنْ أُوتيَكِ مالَكِ بخيبر هاهنا بالمدينة فأقبِضَه مِنكِ بكَيلِه بخيبر؟ فقالت: لا حتّى أسألَ عن ذلك، قلت: فذكرتُ ذلك لعمرَ بنِ الخطاب فقال: ((لا تفعلي، فكيف لكِ بالضَّمان فيما بين ذلك)). =

(فرعٌ) في "النَّهر"(١) ....

أحسنَ مِمّا عليه لا يُكرَهُ إذا لم يكنْ مشروطاً، قالوا: إنَّما يَحِلُّ ذلك عندَ عَدَمِ الشَّرطِ إذا لم يكنْ فيه عُرْفٌ ظاهرٌ، فإنْ كان يُعرَفُ أنَّ ذلك يُفعلُ كذلك فلا)) اهـ.

[٢٥٩١٢] (قولُهُ: فرعٌ إلخ) ذكَرَهُ استطراداً. نَعَمْ ذكَرَ في "البحر"(٢) و"النَّهر"(٣) عن "البزّازيَّة"(٤) ما له مُناسبةٌ هنا، وحاصلُهُ: أنَّ المُستقرِضَ لو قضَى أَجْوَدَ مِمّا استقرَضَ يَحِلُّ بلا شرطٍ، ولو قضَى أَزْيَدَ فيه تفصيلٌ إلخ.

وقدَّمنا(٥) في فصلِ القَرْضِ عن "الخانيَّة": ((أنَّ الزِّيادةَ إذا كانت تجري بينَ الوزنَين ـ أي: بأنْ كانت تظهَرُ في ميزانٍ دونَ ميزانٍ ـ جازَ كالدّانِقِ في المائةِ بخلافِ قَدْرِ درهمٍ، وإنْ لم تَجْرِ:

= أخرجه البيهقيُّ في "الكبرى" ٣٥٢/٥.

ثم قال البيهقيُّ: وروي فيه حديثٌ مرفوعٌ، وهو ضعيفٌ بمرَّةٍ، فلم أذكُرْه لضَعْفه.

ويزيدُ بنُ جُعْدُبَة: قال البخاريُّ وغيرُه: مُنكَرُ الحديث، ورماه مالكٌ بالكَذِب، وقال النَّسائيُّ: متروكٌ.

وقد كَرِهَ ابنُ عباسٍ وغيرُهُ كلَّ قَرْضٍ جَرَّ منفعةً للمُقرِض.

فروى الأوزاعيُّ عن يحيى بن أبي كثيرٍ عن أبي صالحٍ عن ابن عبّاسٍ أنَّه قال في رجلٍ كان له على رجلٍ عشرونَ درهماً، فجعَلَ يُهدي إليه، وجعَلَ كلَّما أهدى إليه هديَّةً باعها، حتّى بلَغَ ثمنُها ثلاثةَ عشرَ درهماً، فقال ابنُ عبّاسٍ: ((لا تأخُذْ منه إلاّ سبعةَ دراهمَ)).

وروى شُعبة عن عمّارٍ الدُّهنيِّ عن سالمِ بن أبي الجَعْد قال: كان لنا جارٌ سَمّاكٌ، عليه لرجلٍ خمسونَ درهماً، فكان يُهدي إليه السَّمَكَ، فأتى ابنَ عبّاسٍ فسأله عن ذلك فقال: ((قاصِّه بما أهدَى إليك)). أخرجهما البيهقيُّ في "الكبرى" ٣٤٩/٥ ـ ٣٥٠.

وروى حَجّاجُ بنُ أرطاةَ عن عطاءٍ قال: ((كانوا يكرهون كلَّ قَرْضٍ جَرَّ منفعةً)).

وكَرِهَه أُبيُّ بنُ كعبٍ وابنُ مسعودٍ وفَضالةُ بنُ عُبيدٍ وإبراهيمُ النَّخَعيُّ والحسن البَصريُّ وابنُ سيرينَ.

أخرج ذلك ابن أبي شَيبةَ في "المصنف" ٨٠/٥، والبيهقيُّ ٣٤٩/٥ ـ ٣٥٠.

وروي مرفوعاً من وجوهٍ ضعيفةٍ.

(١) "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/ب.

(٢) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦.

(٣) انظر "النهر": كتاب الحوالة ق٤٢٥/ب.

(٤) انظر "البزازية": كتاب الصرف ٤/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) المقولة [٢٤٢٩٤] قوله: ((وقيلَ: لا)).

و"البحر"[١] عن صَرْفِ "البزّازيَّة"[٢]: ((ولو أنَّ المُستقرِضَ وهَبَ مِنه الزّائدَ لم يَجُزْ؛ لأنّه مُشاعٌ يَحتمِلُ القِسمةَ)). (ولو توكَّلَ المُحيلُ[٣] عن[٤] المُحتالِ بقَبْضِ دَيْنِ الحوالةِ لم يَصِحَّ). ولو شرَطَ المُحتالُ الضَّمانَ على المُحيلِ صحَّ ويُطالِبُ أيّاً شاءَ؛ لأنَّ الحوالةَ بشرطِ عَدَمِ براءةِ المُحيلِ كفالةٌ، "خانيَّة"[٥]،..........................

فإنْ لم يعلَمْ صاحبُها بها تُرَدُّ عليه، وإنْ عَلِمَ وأعطاها اختياراً: فلو كانت الدَّراهمُ لا يضُرُّها التَّبعيضُ لا تَجُوزُ؛ لأنّها هبةُ المُشاعِ فيما يَحتمِلُ القِسمةَ، ولو يضُرُّها جازَ، وتكونُ هبةَ المُشاعِ فيما يُقْسَمُ)) اهـ. وعليه فلو قضاهُ مثلَ قَرْضِهِ ثمَّ زادَهُ درهماً مفروزاً أو أكثرَ جازَ إنْ لم يكنْ مشروطاً، وقدَّمنا هناك[٦] عن "خُواهَر زاده": ((أنَّ المنفعةَ في القَرْضِ إذا كانت غيرَ مشروطةٍ تَجُوزُ بلا خلافٍ)).

[٢٥٩١٣] (قولُهُ: لم يَصِحَّ) لكونِ المُحيلِ يعملُ لنفسِهِ ليستفيدَ الإبراءَ المؤبَّدَ، "بحر"[٧] عند قولِهِ[٨]: ((هي نقلُ الدَّينِ))، "ط"[٩]. وإذا لم تَصِحَّ لا يُجبَرُ[١٠] المُحالُ عليه على الدَّفعِ إليه.

[٢٥٩١٤] (قولُهُ: لأنَّ الحوالةَ إلخ) كما أنَّ الكفالةَ بشرطِ براءةِ الأصيلِ حوالةٌ كما في "الهداية"[١١] و"الملتقى"[١٢].

---

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦.
(٢) "البزازية": كتاب الصرف ٤/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٣) في "ط": ((لمُحيل)).
(٤) في "و" و"ط": ((على)).
(٥) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل الحوالة ٧٨/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٦) المقولة [٢٤٣٠٥] قوله: ((يجوزُ، ويُكرَهُ)).
(٧) "البحر": كتاب الحوالة ٢٦٨/٦.
(٨) أي: عند قول صاحب "الكنز".
(٩) "ط": كتاب الحوالة ١٧٢/٣.
(١٠) في "ك": ((لا يبرأ))، وهو تحريف.
(١١) في "م": ((الهدية))، وهو خطأ، وانظر "الهداية": كتاب الكفالة ٩٠/٣.
(١٢) "ملتقى الأبحر": كتاب الكفالة ٥٩/٢.

وفيها[1] عن "الثّاني": ((لو غابَ المُحالُ عليه، ثمَّ جاءَ المُحالُ وادَّعى جُحودَهُ المالَ لم يُصدَّقْ وإنْ بَرهَنَ؛ لأنَّ المشهودَ عليه غائبٌ، فلو حاضراً وجحَدَ الحوالةَ ولا بيِّنة كان القولُ له، وجُعِلَ جُحودُهُ فَسْخاً)).

(فرعٌ)

الأبُ أو الوصيُّ إذا احتالَ بمالِ اليتيمِ فإنْ كان خيراً لليتيمِ بأنْ كان الثّاني أملأَ صحَّ، "سراجيَّة"[2]، وإلاّ لم يَجُزْ كما في مُضاربةِ "الجوهرة"[3]. ....

[٢٥٩١٥] (قولُهُ: ولا بيِّنةَ) أي: وحلَفَ الجاحدُ، "ط"[4].

[٢٥٩١٦] (قولُهُ: وجُعِلَ جُحودُهُ فَسْخاً) هي مسألةُ تَواءِ[5] الدَّينِ السّابقةُ[6] في "المتنِ"، ومرَّ[7] أنَّ الرُّجوعَ إنَّما هو لأنَّ براءةَ المُحيلِ مشروطةٌ بسلامةِ حَقِّ المُحالِ، "ط"[8].

[٢٥٩١٧] (قولُهُ: وإلاّ لم يَجُزْ) لأنَّ تصرُّفَهما مُقيَّدٌ بشرطِ النَّظرِ، قال في "كافي الحاكم": ((ومِنه ما لو احتالَ إلى أجلٍ، وكذا الوكيلُ إذا لم يُفوِّضْ إليه الموكِّلُ ذلك)) اهـ.

قال في "البحر"[9] عن "المحيط": ((لكونِهِ إبراءً مُؤقَّتاً فيُعتبَرُ بالإبراءِ المؤبَّدِ، وهذا إذا كان دَيْناً وَرِثَهُ الصَّغيرُ، وإنْ وجَبَ بعَقْدِهما جازَ التّأجيلُ عندَهما خلافاً لـ"أبي يوسفَ")) اهـ.

---

(١) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ـ مسائل الحوالة ٧٨/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى السراجية": كتاب الحوالة ٣٣١/٢ (هامش "فتاوى قاضي خان")، مقتصراً على ذكر ((الوصيّ)) دون ((الأب)).

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب المضاربة ٣٥٨/١.

(٤) "ط": كتاب الحوالة ١٧٢/٣.

(٥) في "آ" و"م": ((تَوَى)).

(٦) صـ٢٢٣ـ وما بعدها "در".

(٧) المقولة [٢٥٨٥٨] قوله: ((لأنَّ براءتَهُ)).

(٨) "ط": كتاب الحوالة ١٧٢/٣.

(٩) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٥/٦.

قلتُ: ومُفادُهما[١] عَدَمُ الجوازِ لو تساويا أو تقاربا، وبه جزَمَ في "الخانيَّة"[٢]، والوجهُ له؛ لأنَّه حينئذٍ اشتغالٌ بما لا يُفيدُ، والعُقودُ إنَّما شُرِعَت للفائدةِ[٣].

[٢٥٩١٨] (قولُهُ: قلتُ: ومُفادُهما) أي: مُفادُ ما في "السِّراجيَّة" وما في "الجوهرة"، وهذا أحدُ قولينِ حكاهما "المصنِّف"[٤] عن "الذَّخيرة"، ثمَّ رجَّحَ ما في "الخانيَّة" بما ذكَرَهُ "الشّارحُ"، واللهُ تعالى أعلَمُ.

---

(١) في "و": ((ومفاده)).

(٢) "الخانية": كتاب البيوع ـ باب في بيع غير المالك ـ فصلٌ في بيع الوصيّ وشرائه ٢٨٩/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) في "و" زيادة: ((انتهى. والله أعلم)).

(٤) "المنح": كتاب الحوالة ٢/ق٥٢/أ.

﴿كتابُ القضاء﴾

لَمّا كان أكثرُ المُنازعاتِ تقَعُ في الدُّيونِ والبياعاتِ أعقَبَها بما يقطَعُها. ....

بسم الله الرَّحمنِ الرَّحيمِ

﴿كتابُ القضاء﴾

ترجَمَ له في "الهداية"[١] بـ: ((أدبِ القاضي))، والأدبُ: الخِصالُ الحميدةُ، فذكَرَ ما ينبغي للقاضي أنْ يفعلَهُ ويكونَ عليه. وهو في الأصلِ مِن الأَدْبِ بسكونِ الدّالِ، وهو الجَمْعُ والدُّعاءُ، وهو أنْ تجمَعَ النّاسَ وتدعُوَهم إلى طعامِكَ، يُقالُ: أَدَبَ يَأدِبُ كضَرَبَ يَضرِبُ [٣/ق١٩٢/ب] إذا دعا إلى طعامِهِ، سُمِّيَت به الخِصالُ الحميدةُ لأنَّها تدعو إلى الخيرِ، وتمامُهُ في "الفتح"[٢] .

[٢٥٩١٩] (قولُهُ: لَمّا كان إلخ) كذا[٣] في "العنايةِ"[٤] و"الفتحِ"[٥]، وهو صريحٌ في أنَّ المرادَ بالقضاءِ الحُكمُ، وحينئذٍ فكان ينبغي إيرادُهُ عَقِبَ الدَّعوى، وأيضاً كان ينبغي بيانُ وجهِ التّأخيرِ عمّا قبلَهُ، كذا قيل، ويمكنُ أنْ يُقالَ: أرادوا بيانَ مَن يصلُحُ للقضاءِ ـ أي: الحُكمِ ـ لتَصِحَّ الدَّعوى عندَهُ فلا جَرَمَ أنْ ذُكِرَ قبلَها، ولا خفاءَ أنَّ وجهَ التّأخيرِ عمّا قبلَهُ مُستفادٌ مِن أنَّ أكثرَ المُنازعاتِ في الدُّيونِ، والحوالةُ المطلَقةُ مُختصَّةٌ بها، فذُكِرَ بعدَها، "نهر"[٦] .

﴿كتابُ القضاء﴾

(قولُهُ: والحوالةُ المطلَقةُ إلخ) أي: ما ينصَرِفُ لها اللَّفظُ عندَ الإطلاقِ، الأعمُّ مِن المطلَقةِ والمقيَّدةِ، والقصدُ الاحترازُ عن الحوالةِ بمعنى الوكالةِ، فإنَّها غيرُ مُختصَّةٍ بالدُّيونِ بخلافِ المقيَّدةِ، فإنَّها مُختصَّةٌ بها كالمطلَقةِ.

---

(١) "الهداية": ٣/١٠١.

(٢) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٥٦.

(٣) في "م": ((كذ))، وهو خطأ.

(٤) "العناية": كتاب أدب القاضي ٦/٣٥٧ (هامش "فتح القدير").

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٥٦.

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٦/أ.

(هو) بالمدِّ والقَصْرِ[1] لغةً: الحُكمُ، وشرعاً: (فصلُ الخُصوماتِ وقطعُ المنازعاتِ) وقيل غيرُ ذلك كما بُسِطَ في المطوَّلاتِ. ....

[٢٥٩٢٠] (قولُهُ: لغةً: الحُكمُ) وأصلُهُ: قضايٌ؛ لأنَّه مِن قضَيتُ، إلاَّ أنَّ الياءَ لَمّا جاءت بعدَ الألفِ هُمِزَت، والجمعُ: الأقضيةُ ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾ [الإسراء:٢٣] أي: حَكَمَ، وقد يكونُ بمعنى الفراغِ، تقولُ: قضَيتُ حاجتي، وضربَهَ فقضَى عليه، أي: قتَلَهُ و﴿قَضَىٰ نَحْبَهُۥ﴾ [الأحزاب:٢٣] ماتَ، وبمعنى الأداءِ والإنهاءِ، ومِنه قولُهُ تعالى: ﴿وَقَضَيْنَآ إِلَيْهِ ذَٰلِكَ ٱلْأَمْرَ﴾ [الحجر:٦٦] وبمعنى الصُّنعِ والتَّقديرِ، ومِنه قولُهُ تعالى: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ﴾ [فصلت:١٢]، ومِنه القضاءُ والقَدَرُ، "بحر"[2] مُلخصاً عن "الصَّحاح"[3].

[٢٥٩٢١] (قولُهُ: وشرعاً: فصلُ الخُصوماتِ إلخ) عزاهُ في "البحر"[4] إلى "المحيط"، ولا بدَّ أنْ يُزادَ فيه: ((على وجهٍ خاصٍّ))، وإلاّ دخَلَ فيه نحوُ الصُّلحِ بينَ الخصمينِ.

[مطلب في تعريف القضاء]

[٢٥٩٢٢] (قولُهُ: وقيل غيرُ ذلك) مِنه قولُ العلاَّمةِ "قاسمٍ"[5]: ((إنَّه إنشاءُ إلزامٍ في مسائلِ الاجتهادِ المتقاربةِ فيما يقَعُ فيه النِّزاعُ لمَصالِحِ الدُّنيا، فخرَجَ القضاءُ على خلافِ الإجماعِ، وما ليس بحادثةٍ، وما كان مِن العباداتِ)).

(قولُهُ: فقضَى عليه، أي: قتَلَهُ و﴿قَضَىٰ نَحْبَهُۥ﴾ ماتَ) كأنَّه فرَغَ مِنه، "بحر".

(قولُهُ: إنشاءُ إلزامٍ في مسائلِ الاجتهادِ المتقاربةِ) عبارةُ "البحر" وغيرِهِ: ((المتقاربِ))[6].

---

(١) في "د" و"و": ((ويقصر)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٧٦ ـ ٢٧٧.

(٣) "الصحاح": مادة ((قضي)).

(٤) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٧٧.

(٥) لعله في رسالته في قضاء القاضي، وليست بين أيدينا.

(٦) عبارة مطبوعة "البحر" التي بين أيدينا: ((المتقاربة)).

وأركانُهُ ستَّةٌ..

مطلب في قولهم: القضاءُ مُظهِرٌ لا مُثبِت[1]

ومِنه قولُ العلاّمةِ "ابنِ الغَرْسِ": ((إنَّه الإلزامُ ـ في الظّاهرِ ـ علـى صيغـةٍ مختصَّـةٍ بـأمرٍ ظُنَّ لُزومُهُ في الواقعِ شرعاً))، قال: ((فالمرادُ بالإلزامِ التَّقريـرُ التّـامُّ. و((في الظّـاهرِ)) فصـلٌ احترَزَ به عن الإلزامِ في نفسِ الأمـرِ؛ لأنّـه راجـعٌ إلى خطـابِ اللهِ تعـالى. و((علـى صيغـةٍ مُختصَّةٍ)) أي: الشَّرعيَّةِ كألزَمتُ، وقضَيتُ، وحكَمتُ، وأنفَذتُ عليك القضـاءَ. و((بـأمرٍ ظُنَّ لُزومُهُ إلخ)) فصلٌ عن الجَورِ والتَّشهِّي. ومعنى ((في الظّاهرِ)) أي: الصُّـورةِ الظّـاهرةِ، إشارةٌ إلى أنَّ القضاءَ مُظهِرٌ في التَّحقيقِ للأمرِ الشَّرعيِّ لا مُثبِتٌ، خلافاً لِما يُتوهَّـمُ مِـن أنّـه مُثبِتٌ، أخذاً مِن قولِ الإمامِ بنُفوذِهِ ظاهراً وباطناً في العُقودِ والفُسوخِ بشـهادةِ الـزُّورِ؛ لأنَّ الأمرَ الشَّرعيَّ في مثلِهِ ثابتٌ تقديراً، والقضاءُ يُقرِّرُهُ في الظّاهرِ، ولم يُثبِـتْ أمـراً لـم يكـنْ؛ لأنَّ الشَّرعَ قد يعتبرُ المعدومَ موجوداً والموجودَ معدوماً، كوُجودِ الدُّخولِ حُكماً في إلحـاقِ نسَبِ وَلَدِ المَشرقيَّةِ بالمغربيِّ، فأجرَى الممكنَ مُجرَى الواقعِ؛ لئلاّ يهلِكَ الولدُ بانتفـاءِ نسبِهِ مع وُجودِ العقدِ المُفضي إلى ثُبوتِهِ)) اهـ مُلخَّصاً، وتمامُهُ في رسالتِهِ.

[٢٥٩٢٣] (قولُهُ: وأركانُهُ ستَّةٌ إلخ) فيه نظرٌ؛ لأنَّ المرادَ بالقضاءِ الحُكمُ كما مرَّ[2]، والحُكمُ

٤/٢٩٦

(قولُهُ: إنَّه الإلزامُ ـ في الظّاهرِ ـ على صيغةٍ إلخ) عبارةُ غيرِهِ: ((على صفةٍ إلخ)) بدونِ ياءٍ. وقولُهُ: ((التَّقريرُ التّامُّ)) أي: سواءٌ كان إلجاءً إلى فعلٍ، أو تركٍ، أو إظهارِ ثُبوتٍ كما في "الحمَويِّ" وغيرِهِ.

(قولُهُ: وعلى صيغةٍ مُختصَّةٍ إلخ) عبارةُ "النَّهرِ": ((وقولُهُ: على صفةٍ فصلٌ عـن مُطلَقِ الإلـزامِ؛ إذ المعتبَرُ هنا الإلزامُ بالصِّيغةِ الشَّرعيَّةِ إلخ)).

(قولُهُ: فيه نظرٌ؛ لأنَّ المرادَ بالقضاءِ الحُكمُ كما مرَّ إلخ) القضاءُ المعرَّفُ الذي قيل له: حُكـمٌ فيمـا مرَّ ما توفَّرَ فيه الأركانُ السِّتُّ، والحُكمُ المعدودُ أنّه رُكنٌ بمعنى اللَّفظِ، فلم يـلزَمْ في كـلامِ "الشّـارحِ" أنْ يكونَ الشَّيءُ رُكناً لنفسِهِ، تأمَّلْ.

---

(١) هذا المطلب من "الأصل"، وليس في باقي النسخ.

(٢) صـ٢٤٨ـ "در".

على ما نظَمَهُ "ابنُ الغَرْسِ" بقولِهِ: [الكامل]

أطرافُ كلِّ قضيَّةٍ حُكميَّةٍ ....

أحدُ السِّتَّةِ المذكورةِ، فيلزَمُ أنْ يكونَ رُكناً لنفسِهِ، فالمناسبُ ما في "البحر"[1]: ((مِن أنَّ رُكنَهُ ما يدُلُّ عليه مِن قولٍ أو فعلٍ))، ويأتي بيانُهُ[2].

[٢٥٩٢٤] (قولُهُ: على ما نظَمَهُ) أي: مِن بحرِ الكاملِ، ونصفُ البيتِ الثّاني الحاءُ مِن ((محكومٌ))، "ط"[3].

[مطلبٌ: ترجمةُ ابنِ الغَرْسِ]

[٢٥٩٢٥] (قولُهُ: "ابنُ الغَرْسِ") بالغَينِ المعجمةِ، هو العلاّمةُ "أبو اليُسرِ بدرُ الدِّينِ محمَّدٌ" الشَّهيرُ بـ"ابنِ الغَرْسِ"، له شرحٌ على البيتَينِ المذكورَينِ، وهو الرِّسالةُ المشهورةُ المسمّاةُ "الفواكه البدريَّة في البحث عن أطراف القضايا الحُكميَّة"، وله الشَّرحُ المشهورُ على "شرحِ العقائدِ النَّسفيَّةِ" لـ"التَّفتازانيِّ".

[٢٥٩٢٦] (قولُهُ: أطرافُ كلِّ قضيَّةٍ حُكميَّةٍ) الأطرافُ جمعُ طَرَفٍ بالتَّحريكِ، وطَرَفُ الشَّيءِ مُنتهاهُ. و((قضيَّة)) أصلُهُ: قضَوِيَّة بياءِ النِّسبةِ إلى القضاءِ، حُذِفَت مِنه الواوُ بعدَ قلبِها ألفاً. و((حُكميَّةٍ)) صفةٌ مُخصِّصةٌ؛ لأنَّ القضاءَ يُطلَقُ على [٣/ق١٩٣/أ] معانٍ مِنها الحُكمُ كما مرَّ[4]،

(قولُهُ: وقضيَّة أصلُهُ: قضَوِيَّة إلخ) مُقتضى كونِ هذه المادَّةِ يائيَّةً أنَّ أصلَ قضيَّة على جعلِ الياءِ للنِّسبةِ: قضايِيَّة، فحُذِفَت الياءُ الأُولى لاجتماعِ ثلاثةِ أمثالٍ؛ لأنَّ الحرفَ المشدَّدَ بحرفينِ، ثمَّ حُذِفَت الألفُ لالتقاءِ السّاكنَينِ، ثمَّ كُسِرَ ما قبلَها لمناسبةِ الياءِ، والمذكورُ في "حاشية الصَّبّان" مِن القضايا أنَّها فعيلة بمعنى فاعلة، أو مفعولة على الإسنادِ المجازيِّ في الأوَّلِ، ولك اعتبارُ ذلك هنا، فإنَّ الحادثةَ لا بدَّ مِن وُقوعِ قضاءٍ فيها، فتكونُ مَقضِيّاً فيها، أو قاضيةً على الإسنادِ المجازيِّ، تأمَّلْ.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٧٧.

(٢) المقولة [٢٥٩٢٨] قوله: ((حُكمٌ)).

(٣) "ط": كتاب القضاء ٣/١٧٣.

(٤) المقولة [٢٥٩٢٠] قوله: ((لغةً: الحُكمُ)).

.... ستٌّ يَلُوحُ بِعَدِّهـا التَّحقيـقُ

حُكمٌ ....

والمرادُ بالقضيَّةِ الحادثةُ التي يقَعُ فيها التَّخاصمُ كدعوى بَيْعٍ مثلاً، فرُكنُها اللَّفظُ الدّالُّ عليها، ولا تكونُ قضيَّةً[١]، أي: منسوبةً إلى القضاءِ والحُكمِ ـ أي: لا تكونُ محلاً لثُبوتِ حَقِّ المُدَّعي فيها وعَدَمِهِ ـ إلاّ باستجماعِ هذه الشُّروطِ السِّتَّةِ التي هي بمنزلةِ أطرافِ الشَّيءِ المحيطةِ به، أو أطرافِ الإنسانِ، هذا ما ظهَرَ لي، فافهمْ.

[٢٥٩٢٧] (قولُهُ: بعَدِّها[٢]) بتشديدِ الدّالِ، مصدرُ عَدَّ الشَّيءَ يعُدُّهُ: أحصَى عِدَّةَ أفرادِهِ، و((يَلُوحُ)) بمعنى يظهَرُ، و((التَّحقيقُ)) فاعلُهُ.

مطلبٌ في التَّنفيذِ

[٢٥٩٢٨] (قولُهُ: حُكمٌ) تقدَّمَ[٣] تعريفُهُ، وعَلِمتَ أنَّه قوليٌّ وفعليٌّ، فالقوليُّ مثلُ: ألزمتُ وقضيتُ مثلاً، وكذا قولُهُ بعدَ إقامةِ البيِّنةِ لمعتمدِهِ: أَقِمْهُ واطلُبِ الذَّهبَ مِنه، وقولُهُ: ثبَتَ عندي يكفي، وكذا ظهَرَ عندي، أو عَلِمتُ، فهذا كلُّهُ حُكمٌ في المختارِ. زادَ في "الخزانة": ((أو أشهَدَ عليه))، وحكى في "التَّتمَّة"[٤] الخلافَ في ((الثُّبوتِ))، والفتوى على أنَّه حُكمٌ كما في "الخانيَّة"[٥] وغيرِها، وتمامُهُ في "البحر"[٦].

(قولُهُ: زادَ في "الخزانة": أو أشهَدَ عليه) الذي في "شرح الملتقى" ما نصُّهُ: ((ذكَرَ "الحَلْوانيُّ": قولُ القاضي: ثبَتَ عندي حُكمٌ، وفي "الصُّغرى": أنَّه حُكمٌ إذا أشهَدَ عليه، وكذا صحَّ عندي، أو ظهَرَ عندي، أو عَلِمتُ، واختارَ "الأُوزْجَنْديُّ" أنَّه لا بدَّ مِن قولِهِ: حَكمتُ أو ما يجري مَجراهُ، ولا يكونُ قولُهُ: ثبَتَ عندي حُكماً)) اهـ. فلعلَّ ما في المحشِّي تحريفٌ.

---

(١) في "ب": ((قضة)) دون ياء، وهو خطأ.

(٢) ((بعدِّها)) ساقطة من "الأصل".

(٣) المقولة [٢٥٩٢٣] قوله: ((وأركانُهُ ستّةٌ إلخ)).

(٤) هي "تتمة الفتاوى" لبرهان الدين صاحب "المحيط" (ت٦١٦هـ)، وتقدم الكلام عليها ٣٧٩/١.

(٥) "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ـ باب الدَّعوى ٣٧٢/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) انظر "البحر": كتاب القضاء ٢٧٧/٦ ـ ٢٧٨.

....

وذكَرَ في "الفواكه البدريَّة": ((أنَّه المذهبُ ولكنَّ عُرْفَ المتشرِّعينَ والموثِّقينَ الآنَ على أنَّه ليس بحُكمٍ، ولذا يُقالُ: ولَمّا ثبَتَ عندَهُ حَكَمَ، والوجهُ أنْ يُقالَ: إنْ وقَعَ الثُّبوتُ على مُقدِّماتِ الحُكمِ كقولِ المسجِّلِ: ثبَتَ عندَهُ جرَيانُ العَينِ في مِلكِ البائعِ إلى حينِ البَيعِ فليس بحُكمٍ إذا كان المقصودُ مِن الدَّعوى الحُكمَ على البائعِ بمِلكِ المشتري للعَينِ المبيعةِ، وإلاّ فهو حُكمٌ))، وتمامُهُ فيها. وفيها أيضاً: ((وأمّا التَّنفيذُ فالأصلُ فيه أنْ يكونَ حُكماً؛ إذ من صِيَغِ القضاءِ قولُهُ: أنفَذتُ عليك القضاءَ، قالوا: وإذا رُفِعَ إليه قضاءُ قاضٍ أَمضاهُ بشروطِهِ، وهذا هو التَّنفيذُ الشَّرعيُّ[(١)]، ومعنى رُفِعَ إليه: حصلَت عندَهُ فيه خُصومةٌ شرعيَّةٌ، وأمّا التَّنفيذُ المتعارَفُ في زمانِنا غالباً فمعناهُ إحاطةُ القاضي الثّاني عِلماً بحُكمِ الأوَّلِ على وجهِ التَّسليمِ له، ويُسمَّى اتِّصالاً)) اهـ مُلخَّصاً. وسيأتي تمامُ الكلامِ عليه في آخرِ فصلِ الحبس[(٢)].

مطلبٌ: أَمْرُ القاضي هل هو حُكمٌ أوْ لا؟

وأمّا أَمْرُ القاضي فاتَّفقوا على أنَّ أَمْرَهُ بحبسِ المُدَّعَى عليه قضاءٌ بالحَقِّ كأَمْرِهِ بالأَخْذِ مِنه، وعلى أنَّ أَمْرَهُ بصَرْفِ كذا مِن وقفِ الفقراءِ إلى فقيرٍ مِن قَرابةِ الواقفِ ليس بحُكمٍ، حتّى لو صرَفَهُ إلى فقيرٍ آخرَ صحَّ، واختَلَفُوا في قولِهِ: سلِّمِ الدّارَ، وتمامُ الكلامِ عليه في "البحر"[(٣)] و"النَّهر"[(٤)].

(قولُهُ: والوجهُ أنْ يُقالَ: إنْ وقَعَ الثُّبوتُ على مُقدِّماتِ الحُكمِ إلخ) ومِن ذلك ما ذكَرَهُ "ابنُ الغَرْسِ"[(٥)] مِن قولِهم: الدَّعوى في العَقارِ لا تَصِحُّ حتّى يُثبِتَ المُدَّعي أنَّ المدَّعى عليه واضعٌ يدَهُ عليه، وهذا الثُّبوتُ ليس بحُكمٍ قطعاً، إلى آخرِ ما ذكَرَهُ مِن الفروعِ المماثلةِ لهذا الفرعِ، "سنديّ".

---

(١) في "آ": ((التنفيذ المتعارف الشرعي)) بزيادة ((المتعارف)).

(٢) المقولة [٢٦٢٨٨] قوله: ((لتَرْكِ ما ذُكِرَ)).

(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٧٨.

(٤) انظر "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٦/أ.

(٥) في مطبوعة "التقريرات": ((الفرس)) بالفاء، وهو خطأ.

..........ومحكومٌ به،........ ....

وأطلَقَ "الشّارحُ" في الفروعِ آخِرَ الفصلِ الآتي[١] تَبَعاً لـ"البزّازيّ"[٢]: ((أنّه حُكمٌ إلاّ في مسألةِ الوقفِ))، وسيأتي[٣] تمامُهُ.

مطلبٌ: الحُكمُ الفعليُّ

وأمّا الحُكمُ الفعليُّ فسيأتي في الفروعِ هناك[٤] أنَّ فعلَ القاضي حُكمٌ إلاّ في مسألتينِ، وحقَّقَ "ابنُ الغَرْسِ" أنّه ليس بحُكمٍ، وأطالَ الكلامَ عليه في "البحر"[٥] و"النَّهر"[٦]، وسيأتي توضيحُهُ هناك[٧] إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

[٢٥٩٢٩] (قولُهُ: ومحكومٌ به) وهو أربعةُ أقسامٍ: حَقُّ اللهِ تعالى المحضُ كحدِّ الزِّنا أو الخمرِ، وحَقُّ العبدِ المحضُ، وهو ظاهرٌ، وما فيه الحَقّانِ وغَلَبَ فيه حَقُّ اللهِ تعالى كحدِّ القذفِ أو السَّرقةِ، أو غَلَبَ فيه حَقُّ العبدِ كالقِصاصِ والتَّعزيرِ، "ابن الغَرْسِ". وشرطُهُ كونُهُ معلوماً، "بحر"[٨] عن "البدائع"[٩]. وعن هذا فالحُكمُ بالموجَبِ ـ بفتحِ الجيمِ ـ لا يكفي ما لم يكنِ الموجَبُ أمراً واحداً كالحُكمِ بموجَبِ البَيعِ أو الطَّلاقِ أو العِتاقِ، وهو ثُبوتُ المِلكِ والحرِّيَّةِ وزوالُ العصمةِ، فلو أكثرَ: فإن استلزَمَ أحدُهما الآخرَ صحَّ كالحُكمِ على الكفيلِ بالدَّينِ، فإنَّ موجَبَهُ الحُكمُ عليه به وعلى

(قولُهُ: كالحُكمِ على الكفيلِ بالدَّينِ إلخ) الأصوبُ ما يأتي في التَّمثيلِ بما إذا ادَّعَى رَبُّ الدَّينِ على الكفيلِ بدَيْنٍ له على الغائبِ المكفُولِ عنه وطالَبَهُ به فأنكَرَ الدَّينَ، فأثبَتَهُ وحَكَمَ بموجَبِ ذلك فالموجَبُ أمرانِ: لُزومُ الدَّينِ للغائبِ، ولُزومُ أدائِهِ على الكفيلِ.

---

(١) صـ٥٢٣ـ "در".

(٢) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الرابع فيما يتعلّق بقضائه ١٥٨/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) المقولة [٢٦٤٤٧] قوله: ((أمْرُ القاضي حُكمٌ إلخ)).

(٤) صـ٥١٩ـ وما بعدها "در".

(٥) انظر "البحر": كتاب القضاء ٢٧٩/٦.

(٦) انظر "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٦/ب.

(٧) المقولة [٢٦٤٤٥] قوله: ((فِعْلُ القاضي حُكمٌ إلخ)).

(٨) "البحر": كتاب القضاء ٢٨١/٦.

(٩) "البدائع": كتاب الدعوى ـ فصل: وأما الشرائط المصحِّحةُ للدعوى ٢٢٢/٦ بتصرف.

.... ولَـهُ، ومَحْــ ــكومٌ عليهِ،................

الأصيلِ الغائبِ، وإلاّ فلا، كما لـو وقَـعَ التّنـازعُ في بَيْـعِ العَقـارِ فحكَـمَ شـافعيٌّ بموجَبـهِ فإنَّـه لا يثبُتُ به مَنْعُ الجارِ عن الشُّفعةِ، فللحنفيِّ الحُكمُ بها، وأطالَ في بيانِهِ العلاّمةُ "ابنُ الغَـرْسِ"، وسيذكرُهُ "الشّارحُ" آخِرَ الفصلِ الآتي[1]. لكنَّ هذا في الحقيقةِ راجـعٌ إلى اشـتراطِ الدَّعـوى في الحُكمِ كما أشارَ إليه في "البحر"[2]، ويأتي ذِكرُهُ[3] في الطَّريقِ. ٢٩٧/٤

[٢٥٩٣٠] (قولُهُ: ولَهُ) أي: ومحكومٌ له، وهو الشَّرعُ [٣/ق١٩٣/ب] كما في حُقوقِهِ المَحْضـةِ، أو التي غَلَبَ فيها حَقُّهُ، ولا حاجةَ في ذلك إلى الدَّعوى، بخلافِ مـا تمحَّـضَ فيهـا حَـقُّ العبدِ أو غلَبَ، والعبدُ هو المُدَّعي، وعرَّفوهُ بمَن لا يُجبَرُ على الخصومةِ إذا ترَكَهـا، وقيـل غـيرُ ذلـك. والشَّرطُ فيه بالإجماعِ حَضْرتُهُ أو حَضْرةُ نائبٍ عنه كوكيلٍ، أو وليٍّ، أو وصيٍّ، فـالمحكومُ لـه المحجورُ كالغائبِ. اهـ مُلخَّصاً مِن "الفواكه البدريَّة".

[٢٥٩٣١] (قولُهُ: ومَحْكومٌ عليه) وهو العبدُ دائماً، لكنَّه إمّا مُتعيِّـنٌ واحـداً أو أكثرَ كجماعةٍ اشترَكوا في قتلٍ فقُضِيَ عليهم[4] بالقِصاصِ، أوْ لا كما في القضاءِ بالحرِّيَّةِ الأصليَّةِ، فإنَّه حُكمٌ على كافَّةِ النّاسِ، بخلافِ العارضةِ بالإعتاقِ فإنَّه جزئيٌّ. واختَلَفـوا في الوقـفِ، والصَّحيـحُ المفتـى بـه أنَّـه لا يكونُ على الكافَّةِ، فتُسمَعُ فيه دعوى المِلكِ أو وقفٍ آخرَ. والمحكومُ عليه في حُقوقِ الشَّرعِ مَن

(قولُهُ: ولا حاجةَ في ذلك إلى الدَّعوى إلخ) المذكورُ في "السِّنديّ": ((أنَّ ما فيه حَقُّ الشَّرعِ فمِنه ما لا بـدَّ فيه مِن الدَّعوى كحدِّ القذفِ والسَّرقةِ، ومِنه ما لا يحتاجُ إليها كالاعتدادِ في المنزلِ المضافِ للمُطلَّقةِ سُكنى حالَ وُجوبِ العدَّةِ عليها عندَ إمكانِ ذلك)) اهـ.

---

(١) صـ٤٢٤ـ وما بعدها "در".

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٧٩ ـ ٢٨٠.

(٣) المقولة [٢٥٩٣٣] قوله: ((وطريقُ)).

(٤) في "الأصل": ((عليه)).

.... وحاكمٌ، وطريقُ

يُستوفَى مِنه حَقُّهُ، سواءٌ كان مدَّعًى عليه أوْ لا كما مرَّتِ الإشارةُ إليه. اهـ مُلخَّصاً مِن "الفواكه". وسيذكُرُ "المصنّف" آخِرَ الفصلِ الآتي[1] حكايةَ الخلافِ في نفاذِ الحُكمِ على الغائبِ، ويأتي تحقيقُهُ هناك[2] إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

[٢٥٩٣٢] (قولُهُ: وحاكمٌ) هو إمّا الإمامُ، أو القاضي، أو المُحكَّمُ. أمّا الإمامُ فقال عُلماؤنا: حُكمُ السُّلطانِ العادلِ ينفُذُ[3]، واختَلَفوا في المرأةِ فيما سوى الحدودِ والقِصاصِ[4]، وإطلاقُهم يتناولُ أهليَّةَ الفاسقِ الجاهلِ[5]، وفيه بحثٌ. وأمّا المُحكَّمُ فشرطُهُ أهليَّةُ القضاءِ[6]، ويقضي فيما سوى الحدودِ والقِصاصِ[7]، ثمَّ القاضي تتقيَّدُ وِلايتُهُ بالزَّمانِ والمكانِ والحوادثِ[8]. اهـ مُلخَّصاً مِن "الفواكه"، وجميعُ ذلك سيأتي مُفرَّقاً في مواضعِهِ[9] مع بيانِ بقيَّةِ صفةِ الحاكمِ وشروطِهِ.

[٢٥٩٣٣] (قولُهُ: وطريقُ) طريقُ القاضي إلى الحُكمِ يَختلِفُ بحسَبِ اختلافِ المحكومِ به، والطَّريقُ فيما يرجعُ إلى حُقوقِ العبادِ المحضةِ عبارةٌ عن الدَّعوى والحُجَّةِ، وهي إمّا البيِّنةُ، أو الإقرارُ، أو اليمينُ، أو النُّكولُ عنه، أو القَسامةُ، أو عِلمُ القاضي بما يريدُ أنْ يحكُمَ به، أو القرائنُ الواضحة

(قولُهُ: سواءٌ كان مدَّعًى عليه أوْ لا) فإنَّ بعضَ حُقوقِهِ يُشترَطُ له الدَّعوى فيُوجَدُ مدَّعًى عليه، وبعضَها لا فلا يُوجَدُ.

(قولُهُ: وهي إمّا البيِّنةُ، أو الإقرارُ، أو اليمينُ إلخ) لم يذكُرِ اليمينَ في "الأشباه".

---

(١) صـ٤٦٩ـ وما بعدها "در".

(٢) المقولة [٢٦٣٦١] قوله: ((ولا يُقضَى على غائبٍ)).

(٣) المقولة [٢٦٠٣٣] قوله: ((وإنْ تعيَّنَ له)).

(٤) المقولة [٢٦٣١٤] قوله: ((وذَكَرَ في "الدُّرر" لِما يَنفُذُ سبعَ صورٍ))، والمقولة [٢٦٥٩٥] قوله: ((يَرَى جوازَهُ)).

(٥) المقولة [٢٦٠٤١] قوله: ((نَفَّذَهُ)).

(٦) صـ٥٣٤ـ "در".

(٧) صـ٥٣٧ـ وما بعدها "در".

(٨) المقولة [٢٦٤٢٧] قوله: ((ويتخصَّصُ بزمانٍ، ومكانٍ، وخصومةٍ)) و٣٧٢/٤ بولاق.

(٩) انظر الإحالات السابقة.

....

التي تُصيِّرُ الأمرَ في حَيِّزِ المقطوعِ به، فقد قالوا: لو ظهَرَ إنسانٌ مِن دارٍ بيدِهِ سكِّينٌ وهو مُتلوِّثٌ بالدَّمِ، سريعُ الحركةِ، عليه أثرُ الخوفِ، فدَخَلُوا الدّارَ على الفورِ فوَجَدُوا فيها إنساناً مذبوحاً بذلك الوقتِ ولم يُوجَدْ أحدٌ غيرُ ذلك الخارجِ فإنَّه يُؤخَذُ به، وهو ظاهرٌ؛ إذ لا يَمتري أحدٌ في أنَّه قاتِلُهُ، والقولُ بأنَّه ذبَحَهُ آخَرُ ثمَّ تسوَّرَ الحائطَ، أو أنَّه ذبَحَ نفسَهُ احتمالٌ بعيدٌ لا يُلتفَتُ إليه؛ إذ لم ينشَأْ عن دليلٍ. اهـ مِن "الفواكه" لـ"ابن الغَرْس"، ثمَّ أطالَ هنا في بيانِ الدَّعوى وتعريفِها وشروطِها إلى أنْ قال: ((ثمَّ لا يُشترَطُ في الطَّريقِ إلى الحُكمِ أنْ تكونَ بتمامِها عندَ القاضي الواحدِ، حتّى لو ادَّعى عندَ نائبِ القاضي وبَرهَنَ ثمَّ رُفِعَتِ[1] الحادثةُ إلى القاضي أو بالعكسِ صحَّ، وله أنْ يبنيَ على ما وقَعَ أوَّلاً ويقضي)) اهـ. وستأتي هذه متناً[2]، ثمَّ قال في الفصلِ السّابعِ: ((وقد اتَّفقَ أئمَّةُ الحنفيَّةِ والشّافعيَّةِ على أنَّه يُشترَطُ لصحَّةِ الحُكمِ واعتبارِهِ في حُقوقِ العبادِ الدَّعوى الصَّحيحةُ، وأنَّه لا بدَّ في ذلك مِن الخصومةِ الشَّرعيَّةِ، وإذا كان القاضي يعلَمُ أنَّ باطنَ الأمرِ ليس كظاهرِهِ، وأنَّه لا تخاصمَ ولا تنازعَ في نفسِ الأمرِ بينَ المتداعيَينِ ليس له سماعُ هذه الدَّعوى، ولا يُعتبَرُ القضاءُ المترتِّبُ عليها، ولا يَصِحُّ الاحتيالُ لحصولِ القضاءِ بمثلِ ذلك، وأمّا إذا لم يعلَمْ عُذِرَ ونفَذَ قضاؤُهُ. ولعَمري هذا شيءٌ عَمَّت به البَلوى، وبلَغَت شهرةُ اعتبارِهِ الغايةَ القصوى)) اهـ مُلخَّصاً، ونقَلَهُ "المصنِّف" في "المنح"[3] بتمامِهِ وأقرَّهُ، فراجِعْهُ، وكذا جزَمَ به في فتاواهُ[4].

(تنبيهٌ)

بَقِيَ طريقُ ثُبوتِ الحُكمِ، أي: بعدَ وقوعِهِ، وعليه اقتصَرَ في "البحر"[5] فقال: ((له وجهان أحدُهما: اعترافُهُ حيثُ كان مولًّى، فلو [٣/ق١٩٤/أ] معزولاً فكواحدٍ مِن الرَّعايا لا يُقبَلُ قولُهُ إلاّ فيما في يدِهِ. الثّاني: الشَّهادةُ على حُكمِهِ بعدَ دعوى صحيحةٍ إنْ لم يكنْ مُنكِراً،

---

(١) في "الأصل" و"ك" و"ب" و"م": ((وَقَعَت)).

(٢) صـ٤١٣ـ وما بعدها "در".

(٣) "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٢/ب.

(٤) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب القضاء ق٥٧/أ.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨١ باختصار.

(وأهلُهُ أهلُ الشَّهادةِ) أي: أدائها على المسلمينَ، كذا في "الحواشي السَّعديَّة"[١] ....

أمّا لو شَهِدَا أنَّه قضَى بكذا، وقال: لم أقضِ لا تُقبَلُ شهادَتُهما خلافاً لـ "محمَّدٍ"، ورجَّحَ في "جامع الفصولين"[٢] قولَ "محمَّدٍ"؛ لفسادِ قُضاةِ الزَّمان)) اهـ. وسيأتي[٣] تمامُ الكلامِ عندَ قولِ "المصنِّف": ((ولم يَعمَلْ بقولِ معزولٍ))، وقد ذكَرَ في "البحر"[٤] فروعاً كثيرةً في أحكامِ القضاءِ يلزَمُ الوقوفُ عليها.

[٢٥٩٣٤] (قولُهُ: وأهلُهُ[٥] أهلُ الشَّهادةِ) ((أهلُ)) الأوَّلُ خبرٌ مُقدَّمٌ، والثّاني مبتدأٌ مُؤخَّرٌ؛ لأنَّ الجملةَ الخبريَّةَ يُحكَمُ فيها بمجهولٍ على معلومٍ، فإذا عُلِمَ ((زيدٌ)) وجُهِلَ قيامُهُ تقولُ: زيدٌ القائمُ، وإذا عُلِمَ ((قائمٌ[٦])) وجُهِلَ أنَّه زيدٌ تقولُ: القائمُ زيدٌ، ولذا قالوا: لَمّا كان أوصافُ الشَّهادةِ أشهرَ عندَ النّاسِ عَرَّفَ أوصافَهُ بأوصافِها. ثمَّ الضَّميرُ في ((أهلُهُ)) راجعٌ إلى القضاءِ بمعنى مَن يَصِحُّ مِنه، أو بمعنى مَن تَصِحُّ توليتُهُ كما في "البحر"[٧].

وحاصلُهُ: أنَّ شروطَ الشَّهادةِ مِن الإسلامِ، والعقلِ، والبلوغِ، والحرِّيَّةِ، وعَدَمِ العمى، والحدِّ في قذفٍ شروطٌ لصحَّةِ توليتِهِ ولصحَّةِ حُكمِهِ بعدَها. ومُقتضاهُ أنَّ تقليدَ الكافرِ لا يَصِحُّ وإنْ أسلَمَ، قال في "البحر"[٨]: ((وفي "الواقعات الحساميَّة": الفتوى على أنَّه لا ينعزلُ بالرِّدَّةِ، فإنَّ الكفرَ لا يُنافي ابتداءَ القضاءِ في إحدى الرِّوايتين، حتّى لو قُلِّدَ الكافرُ ثمَّ أسلَمَ هل يحتاجُ إلى تقليدٍ آخرَ؟ فيه روايتانِ)) اهـ. قال في "البحر"[٩]: ((وبه عُلِمَ أنَّ تقليدَ الكافرِ صحيحٌ وإنْ لم يَصِحَّ قضاؤُهُ على المسلمِ حالَ كفرِهِ)) اهـ. ٤/٢٩٨

---

(١) "الحواشي السعدية": كتاب أدب القاضي ٣٥٧/٦ (هامش "فتح القدير").

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتّصل به من عزل قاضٍ أو وصيٍّ إلخ ١٩/١.

(٣) صـ٣٢٧ـ "در".

(٤) انظر "البحر": كتاب القضاء ٢٨١/٦ وما بعدها.

(٥) في "الأصل" و"ك" و"آ": ((أهله)) دون واو.

(٦) ((قائم)) ساقطة من "ب" و"م".

(٧) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٣/٦.

(٨) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٢/٦.

(٩) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٣/٦.

ويَرِدُ عليه أنَّ الكافرَ يَجُوزُ تقليدُهُ القضاءَ...........................

وهذا ترجيحٌ لروايةِ صحَّةِ التَّوليةِ أَخْذاً مِن كونِ الفتوى على أنَّه لا ينعزلُ بالرِّدَّةِ خلافاً لِما مشَى عليه "المصنِّف" في بابِ التَّحكيم[1] مِن روايةِ عَدَمِ الصِّحَّةِ. وفي "الفتح"[2]: ((قُلِّدَ عبدٌ فعَتَقَ جازَ قضاؤُهُ بتلكَ الوِلايةِ بلا حاجةٍ إلى تجديدٍ بخلافِ توليةِ صبيٍّ فأدرَكَ، ولو قُلِّدَ كافرٌ فأسلَمَ قال "محمَّدٌ": هو على قضائِهِ، فصار الكافرُ كالعبدِ، والفرقُ أنَّ كلاًّ مِنهما له وِلايةٌ وبه مانعٌ، وبالعِتقِ والإسلامِ يرتفِعُ، أمّا الصَّبيُّ فلا وِلايةَ له أصلاً، وما في "الفصول"[3] ـ: لو قال لصبيٍّ أو كافرٍ: إذا أدرَكتَ فصَلِّ بالنّاسِ أو اقضِ بينَهم جازَ ـ لا يُخالِفُ ما ذُكِرَ في الصَّبيِّ؛ لأنَّ هذا تعليقُ الوِلايةِ، والمعلَّقُ معدومٌ قبلَ الشَّرطِ، وما تقدَّمَ تنجيزٌ)) اهـ. وبه ظهَرَ أنَّ الأَولى كونُ المرادِ في مرجعِ الضَّميرِ مَن يَصِحُّ مِنه القضاءُ، لا مَن تَصِحُّ توليتُهُ، إلاّ أنْ يُرادَ بها الكاملةُ وهي النّافذةُ الحُكمِ، وأمّا توليةُ الأُطْرُوشِ فسيذكُرُها "الشّارحُ"[4].

[٢٥٩٣٥] (قولُهُ: ويَرِدُ عليه إلخ) أي: على ما في "الحواشي" مِن تقييدِهِ بالمسلمينَ، فكان عليه إسقاطُهُ ليكونَ المرادُ أداءَها على مَن يُقضَى عليه فيدخُلُ الكافرُ، لكنَّ التَّفسيرَ بالأداءِ احترازٌ عن التَّحمُّلِ؛ لأنَّه يَصِحُّ تحمُّلُها حالةَ الكفرِ والرِّقِّ لا أداؤُها فيُنافي ذلك.

والتَّحقيقُ أنْ يُقالَ ـ كما يُعلَمُ مِمّا قدَّمناهُ[5] ـ: إنْ كان المرادُ بمرجِعِ الضَّميرِ مَن تَصِحُّ توليتُهُ

(قولُهُ: وهذا ترجيحٌ لروايةِ صحَّةِ التَّوليةِ إلخ) ما ذكَرَهُ لا يصلُحُ مُرجِّحاً لروايةِ الصِّحَّةِ، فإنَّه لا يلزَمُ مِن تصحيحِ روايةِ عَدَمِ عَزْلِهِ بالرِّدَّةِ تصحيحُ روايةِ صحَّةِ توليتِهِ؛ إذ يُغتفَرُ في البقاءِ ما لا يُغتفَرُ في الابتداءِ.

(قولُهُ: لكنَّ التَّفسيرَ بالأداءِ احترازٌ عن التَّحمُّلِ إلخ) لا يخفَى أنَّ التَّعبيرَ بالأداءِ وإنْ كان احترازاً عن التَّحمُّلِ ليس فيه مُنافاةٌ لكونِ المرادِ أداءَها على مَن يُقضَى عليه، فلا يَتِمُّ ما قالَهُ مِن الاستدراكِ.

(قولُهُ: إنْ كان المرادُ بمرجِعِ الضَّميرِ مَن تَصِحُّ توليتُهُ إلخ) في التَّعبيرِ هنا وفيما سبَقَ مُسامحةٌ، فإنَّ مَن تَصِحُّ توليتُهُ أو مَن يَصِحُّ مِنه القضاءُ إنَّما هو المرادُ بالأهلِ المضافِ إلى ضميرِ القضاءِ بأحدِ المعنَيينِ المذكورَينِ.

---

(١) صـ٥٣٥ـ "در".

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٧/٦ باختصار.

(٣) انظر "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به إلخ ١٥/١ بتصرف.

(٤) صـ٢٧٤ـ وما بعدها "در".

(٥) في المقولة السابقة.

لِيَحكُمَ بينَ أهلِ الذِّمَّةِ، ذكَرَهُ "الزَّيلعيُّ"(١) في التَّحكيمِ. ....

يكونُ المرادُ بالشَّهادةِ تحمُّلَها، فيدخُلُ فيه العبدُ والكافرُ، نَعَمْ يخرُجُ عنه الصَّبيُّ لعَدَمِ ولايتِهِ أصلاً، وإنْ كان المرادُ مَن يَصِحُّ مِنه القضاءُ يكونُ المرادُ بالشَّهادةِ أداءَها فقط، فيدخُلُ فيه الكافرُ المُولَّى على أهلِ الذِّمَّةِ، فإنَّه يَصِحُّ قضاؤُهُ عليهم حالاً، وكونُهُ قاضياً خاصّاً لا يضُرُّ كما لا يضُرُّ تخصيصُ قاضي المسلمينَ بجماعةٍ مُعيَّنينَ؛ لأنَّ المرادَ مَن يَصِحُّ قضاؤُهُ في الجملةِ. وعلى كلٍّ فالواجبُ إسقاطُ ذلك القيدِ، إلاّ أنْ يكونَ مُرادُهُ تعريفَ القاضي الكاملِ.

[٢٥٩٣٦] (قولُهُ: لِيَحكُمَ بينَ أهلِ الذِّمَّةِ) أي: حالَ كفرِهِ، وإلاّ فقد عَلِمتَ أنَّ الكافرَ يَصِحُّ توليتُهُ مُطلَقاً، لكنْ لا يَحكُمُ إلاّ إذا أسلَمَ.

مطلبٌ في حُكمِ القاضي الدُّرزيِّ والنَّصرانيِّ

(تنبيهٌ)

ظهَرَ مِن كلامِهم حُكمُ القاضي المنصوبِ في بلادِ الدُّروزِ في القطرِ الشّاميِّ، ويكونُ دُرزيّاً ويكونُ نصرانيّاً، فكلٌّ مِنهما لا يَصِحُّ حُكمُهُ على المسلمينَ، فإنَّ الدُّرزيَّ لا مِلَّةَ له كالمنافقِ [٣/ق١٩٤/ب] والزِّنديقِ وإنْ سَمَّى نفسَهُ مُسلماً، وقد أفتى في "الخيريَّة"(٢): ((بأنَّه لا تُقبَلُ شهادتُهُ على المسلمِ))، والظّاهرُ: أنَّه يَصِحُّ حُكمُ الدُّرزيِّ على النَّصرانيِّ وبالعكسِ، تأمَّلْ. وهذا كلُّهُ بعدَ كونِهِ منصوباً مِن طَرَفِ السُّلطانِ أو مأمورِهِ بذلك، وإلاّ فالواقعُ أنَّه يَنْصِبُهُ أميرُ تلك النّاحيةِ، ولا أدري أنَّه مأذونٌ له بذلك أم لا؟! ولا حولَ ولا قوَّةَ إلاّ باللهِ العليِّ العظيمِ. لكنْ جرَتِ العادةُ أنَّ أميرَ صَيدا يُولِّي القضاءَ في تلك الثُّغورِ والبلادِ، بخلافِ دمشقَ ونحوِها، فإنَّ أميرَها ليس له ذلك فيها، بدليلِ أنَّ لها قاضياً في كلِّ سنةٍ يأتي مِن طَرَفِ السُّلطانِ. ثمَّ رأيتُ في "الفتح"(٣) قال: ((والذي له وِلايةُ التَّقليدِ الخليفةُ والسُّلطانُ الذي نَصَبَهُ الخليفةُ وأطلَقَ له التَّصرُّفَ،

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٤/١٩٣.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب الشهادات ٢/٢٥.

(٣)"الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦١.

(وشرطُ أهليَّتِها شرطُ أهليَّتِهِ) فإنَّ كلاًّ مِنهما مِن بابِ الوِلايـةِ، والشَّهادةُ أقـوى؛ لأنَّهـا مُلزِمةٌ على القاضي، والقضاءُ مُلزِمٌ على الخصمِ، فلذا قيل: حُكْمُ القضـاءِ[1] يُستقَى مِن حُكمِ الشَّهادةِ، "ابن كمالٍ". (والفاسقُ أهلُها فيكونُ أهلَهُ،.......................

وكذا الذي ولاّهُ السُّلطانُ ناحيةً وجعَلَ له خَراجَها وأطلَقَ له التَّصرُّفَ، فإنَّ لـه أنْ يُولِّيَ ويَعزِلَ، كذا قالوا، ولا بدَّ مِن أنْ لا يُصرِّحَ له بالمنعِ، أو يَعلَمَ ذلك بعُرْفِهم، فإنَّ نائبَ الشّامِ وحلبَ في ديارِنـا يُطلَقُ لهم التَّصرُّفُ في الرَّعيَّةِ والخَراجِ، ولا يُولُّونَ القضاةَ ولا يَعزِلُونَ)) اهـ. واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

[٢٥٩٣٧] (قولُهُ: وشرطُ أهليَّتِهـا إلـخ) تكـرارٌ مـع قولِـهِ: ((وأهلُـهُ أهـلُ الشَّـهادةِ)). اهـ "ح"[2]. والظّاهرُ: أنَّ "المصنِّف" ذكَرَ الجملةَ الأُولى تَبَعاً لـ"الكنز"[3] وغيرِهِ، ثمَّ ذكَـرَ الثّانيـةَ تَبَعاً لـ"الغرر"[4] توضيحاً وشـرحاً لـلأُولى، وأمّـا الجـوابُ بأنَّـه ذكَرَهـا لـيُرتِّبَ عليهـا قولَـهُ: ((والفاسقُ أهلُها)) فغيرُ مُفيدٍ، فافهمْ.

[٢٥٩٣٨] (قولُهُ: فلذا قيل إلخ) عِلَّةٌ للعِلَّةِ.

[٢٥٩٣٩] (قولُهُ: والفاسقُ أهلُها) سيأتي[5] بيانُ[6] الفِسقِ[7] والعَدالةِ في الشَّهاداتِ، وأفصَحَ بهذه الجملةِ دَفْعاً لتوهُّمِ مَن قال: إنَّ الفاسقَ ليس بأهلٍ للقضاءِ فلا يَصِحُّ قضاؤُهُ؛ لأنَّه لا يُؤمَنُ

(قولُهُ: عِلَّةٌ للعِلَّةِ) فيه نظرٌ، بل هذا أفادَهُ حُكْمٌ آخَرُ مأخوذٌ مِن العِلَّةِ المذكورةِ، تأمَّلْ.

---

(١) في "و": ((القضاة)).

(٢) "ح": كتاب القضاء ق٣٠٧/أ.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ٨٢/٢.

(٤) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٤/٢.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٨١٧] قوله: ((العَدْلُ)).

(٦) في "الأصل": ((سيأتي في بيان)).

(٧) في "ك": ((الفاسق)).

لكنَّه لا يُقلَّدُ) وجوباً، ويأثَمُ مُقلِّدُهُ كقابلِ شهادتِهِ، ....

عليه لفِسقِهِ، وهو قولُ الثَّلاثةِ[(١)]، واختارَهُ "الطَّحاويُّ"[(٢)]. قال "العينيُّ"[(٣)]: ((وينبغي أنْ يُفتى بهِ خُصوصاً في هذا الزَّمانِ)) اهـ.

أقولُ: لو اعتُبِرَ هذا لانسَدَّ بابُ القضاءِ خُصوصاً في زمانِنا، فلذا كانَ ما جرَى عليهِ "المصنِّفُ" هو الأصحَّ كما في "الخلاصة"[(٤)]، وهو أصحُّ الأقاويلِ كما في "العماديَّة"، "نهر"[(٥)]. وفي "الفتح"[(٦)]: ((والوجهُ تنفيذُ قضاءِ كلِّ مَن ولاَّهُ سلطانٌ ذو شَوكةٍ وإنْ كان جاهلاً فاسقاً، وهو ظاهرُ المذهبِ عندَنا، وحينئذٍ فيَحكُمُ بفتوى غيرِهِ)) اهـ.

[٢٥٩٤٠] (قولُهُ: لكنَّه لا يُقلَّدُ وجوباً إلخ) قال في "البحر"[(٧)]: ((وفي غيرِ موضعٍ ذَكَرَ الأَولَويَّةَ، يعني: الأَولى أنْ لا تُقبَلَ شهادتُهُ، وإنْ قَبِلَ جازَ، وفي "الفتح"[(٨)]: ومُقتضى الدَّليلِ أنْ لا يَحِلَّ أنْ يقضيَ بها، فإنْ قضَى جازَ ونفَذَ اهـ. ومُقتضاهُ الإثمُ، وظاهرُ قولِهِ تعالى ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات:٦] أنَّه لا يَحِلُّ قَبُولُها قبلَ تعرُّفِ حالِهِ، وقولُهم بوجوبِ السُّؤالِ عن الشَّاهدِ سرّاً وعَلانيَةً طعَنَ الخصمَ أوْ لا في سائرِ الحُقوقِ على قولِهما المفتى به يقتضي الإثمَ بتركِهِ؛ لأنَّه للتَّعرُّفِ عن حالِهِ، حتّى لا يَقبلَ الفاسقَ، وصرَّحَ "ابنُ الكمالِ"[(٩)] بأنَّ مَن قلَّدَ فاسقاً يأثمُ، وإذا قَبِلَ القاضي شهادتَهُ يأثمُ)) اهـ.

---

(١) انظر "مواهب الجليل": باب القضاء ٨٧/٦، و"نهاية المحتاج": كتاب القضاء ٢٣٨/٨، و"المغني": كتاب القضاء ـ شروط القاضي ٥٠٢/١٣.

(٢) لم نقف عليه فيما بين أيدينا من مصنفات الإمام "الطحاوي".

(٣) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ٨٢/٢.

(٤) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الأول ـ الجنس الثاني في المقلد ق١٩٤/أ.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٧/أ.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٧/٦ ـ ٣٥٨.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٣/٦ ـ ٢٨٤ بتصرف.

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦.

(٩) في "إصلاح الإيضاح"، كما في "البحر".

به يفتى، وقيَّدَهُ في "القاعديَّة"[1] بما إذا غلَبَ على ظَنِّهِ صِدقُهُ، فليُحفَظ، "درر". ....

[٢٥٩٤١] (قولُهُ: به يفتى) راجعٌ لِما في "المتنِ"، فقد عَلِمتَ التَّصريحَ بتصحيحِهِ وبأنَّه ظاهرُ المذهبِ، وأمّا كونُ عَدَمِ تقليدِهِ واجباً ففيه كلامٌ كما عَلِمتَ، فافهمْ.

٤/٢٩٩

[٢٥٩٤٢] (قولُهُ: وقيَّدَهُ) أي: قيَّدَ قَبولَ شهادةِ الفاسقِ المفهومَ مِن ((قابلٍ)). اهـ "ح"[2]، وعبارةُ "الدُّرر"[3]: ((حتّى لو قَبِلَها القاضي وحكَمَ بها كان آثِماً لكنَّه ينفُذُ، وفي "الفتاوى القاعديَّة": هذا إذا غلَبَ على ظَنِّهِ صِدقُهُ، وهو مِمّا يُحفَظُ)) اهـ.

قلتُ: والظّاهرُ أنَّه لا يأثمُ أيضاً؛ لحصولِ التَّبيُّنِ المأمورِ به في النَّصِ، تأمَّلْ. قال "ط"[4]: ((فإنْ لم يغلِبْ على ظَنِّ القاضي صِدقُهُ بأنْ غلَبَ كذبُهُ عندَه أو تساوَيا فلا يقبَلُها، أي: لا يَصِحُّ قَبولُها أصلاً، هذا ما يُعطيهِ المقامُ)) اهـ.

(قولُهُ: وأمّا كونُ عَدَمِ تقليدِهِ واجباً ففيه كلامٌ كما عَلِمتَ) المتعيِّنُ رجوعُهُ لِما في "الشّارحِ" أيضاً، فإنَّه وقَعَ في كلٍّ الاختلافُ، وذلك أنَّ الفاسقَ لا يَصِحُّ أنْ يكونَ قاضياً، والمفتى به الصِّحَّةُ مع الإثمِ في التَّقليدِ، وشهادتُهُ الأَولى عَدَمُ قَبولِها، وإنْ قُبِلَت كان فيه خلافُ الأَولى لا الإثمُ، والمفتى به وجوبُ عَدَمِ قَبولِها، فإذا قُبِلَت صحَّ مع الإثمِ، وحينئذٍ يكونُ قصدُ "الشّارحِ" بقولِهِ: ((وبه يفتى)) أنَّه لا يُلتفَتُ إلى القولِ بعَدَمِ أهليَّتِهِ للقضاءِ، ولا إلى القولِ بأنَّ قَبولَ شهادتِهِ خلافُ الأَولى، ولا معنى لقولِ المحشِّي: ((وأمّا كونُ إلخ))، تأمَّلْ.

(قولُهُ: قلتُ: والظّاهرُ أنَّه لا يأثمُ أيضاً إلخ) على ما قالَهُ لا معنى لقولِ أئمَّةِ المذهبِ: إذا قَبِلَ القاضي شهادةَ الفاسقِ صحَّ وأَثِمَ، فإنَّه على هذا التَّقييدِ يَجِبُ قَبولُها فلا إثمَ، وإذا لم يُوجَدِ القيدُ لا يَصِحُّ أصلاً، ولم تُوجَدْ صورةٌ يَصِحُّ القَبولُ مع الإثمِ حتّى يُحمَلَ كلامُهم عليها. وأيضاً لا يَصِحُّ نسبةُ الاستثناءِ لـ"أبي يوسفَ" فقط بل هو مُتَّفَقٌ عليه، ويكونُ اللائقُ استثناءَ ما إذا غلَبَ على الظَّنِّ الصِّدقُ، لا خُصوصَ هذه المسألةِ، فلم يظهَرْ ما قالَهُ المحشِّي، تأمَّلْ.

---

(١) في هامش "د": ((أي: في "فتاوى الإمام القاعدي")). **نقول:** وتقدمت ترجمتها ٢٩٣/٨.

(٢) "ح": كتاب القضاء ق٣٠٧/أ.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٤/٢.

(٤) "ط": كتاب القضاء ١٧٤/٣.

واستثنى "الثّاني" الفاسقَ ذا الجاهِ والمروءةِ، فإنّه يَجبُ قَبُولُ شهادتِهِ، "بزّازيّـة"[١]. قـال في "النّهر"[٢]: ((وعليه فلا يأثمُ أيضاً بتوليتِهِ القضاءَ حيثُ كـان كذلـك، إلاّ أنْ يُفـرَّقَ بينَهما)) انتهى. **قلتُ**: سيجيءُ تضعيفُهُ، فراجعْهُ. ....

[٢٥٩٤٣] (قولُهُ: واستثنَى "الثّاني") أي: "أبو يوسفَ" مِن الفاسقِ الذي يأثمُ القاضي بقَبُولِ شهادتِهِ. والظّاهرُ: أنَّ هذا مِمّا يغلِبُ على ظَنِّ القـاضي صِدقُـهُ، فيكـونُ [٣/ق١٩٥/أ] داخـلاً تحـتَ كلامِ "القاعديَّة"، فلا حاجةَ إلى استثنائِهِ على ما استظهَرناهُ آنفاً[٣]، تأمَّلْ.

[٢٥٩٤٤] (قولُهُ: سيجيءُ تضعيفُهُ) أي: في الشّهاداتِ، حيثُ قال[٤]: ((وما في "القنية" و"المجتبى"

ثمَّ إنَّ هذا التَّقييدَ المنقولَ عن "القاعديَّة" غيرُ مُختصٍّ بالفاسقِ، بل كذلك العَدلُ إنّما يقبَلُ القاضي شـهادَتَهُ إذا غلَبَ عندَهُ صِدقُهُ كما صرَّح به "الزّيلعيُّ" في بابِ الرُّجوعِ عن الشّهادةِ ـ عندَ قولِهِ: ((فـإنْ رجَعـا قبـلَ حُكمِهِ إلخ)) ـ حيثُ قال: ((القاضي إنّما يقضي بشهادتِهما إذا ثبَتَ عَدالَتُهما عندَهُ وغلَبَ على ظَنّهِ أنّهما صادقانِ)) اهـ. وذكَرَ المحشّي فيما يأتي عندَ قولِ "المصنّف": ((ونفَذَ القضاءُ بشهادةِ الـزُّورِ إلـخ)) أنّـه لـو عَلِمَ القاضي بكذبِ الشُّهودِ لا ينفُذُ قضاؤهُ ظاهراً ولا باطناً؛ لعَدَمِ شرطِ القضاءِ، وهو الشّهادةُ الصّادقةُ في زعمِ القاضي، تأمَّلْ، إلاّ أنْ يُقالَ: إنّه متى كان الشّاهدُ عَدلاً يغلِبُ على ظَنِّ القاضي صِدقُهُ، ويـدُلُّ لذلـك ما في "شرح الاختيار" أوَّلَ الشّهاداتِ: ((أنَّ الحاكمَ يحكُمُ بقولِ الشّاهدِ ويُنفِذُهُ في حَـقِّ الغيرِ، فيَجِـبُ أنْ يكونَ قولُهُ يغلِبُ على ظَنِّ القاضي الصِّدقُ، ولا يكونُ ذلك إلاّ بالعدالةِ)) اهـ.

(قولُ "الشّارحِ": إلاّ أنْ يُفرَّقَ بينَهما) الفرقُ بينَ القضاءِ والشّهادةِ واضحٌ، وذلك أنَّ الفاسـقَ المذكـورَ يتحاشَى عن الكذبِ فقط ولا يتحاشَى عن أنواعِ المعاصي فتُقبَلُ شهادتُهُ؛ لأنّها مجرَّدُ إخبـارٍ لا يُظَـنُّ الكـذبُ فيه، ولا يُولَّى القضاءَ؛ لأنّه ليس خاصّاً بالإخباراتِ خوفاً مِن جَورِهِ، تأمَّلْ.

---

(١) "البزازية": كتاب الشهادات ـ الجنس الثاني فيما يقبل وما لا يقبل ق/٢٥٠ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٧/أ.

(٣) في المقولة السابقة.

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٨٢٠] قوله: (("بحر")).

وفي "معروضات" المفتي "أبي السُّعود": ((لَمّا وقَعَ التَّساوي في قضاةِ زمانِنا في وُجودِ العَدالةِ ظاهراً ورَدَ الأمـرُ بتقديـمِ الأفضـلِ في العِلـمِ، والدِّيانـةِ، والعَدالـةِ)). (والعَـدُوُّ لا تُقبَلُ شهادتُهُ على عَدُوِّهِ إذا كانت دُنيويَّةً)، ....

مِن قَبُولِ ذي المروءةِ الصّادقِ فقولُ "الثاني"، وضعَّفَهُ "الكمالُ" بأنَّه تعليـلٌ في مُقابلَـةِ النَّـصِّ فلا يُقبَلُ، وأقرَّهُ "المصنِّف")) اهـ.

قلتُ: قدَّمنا[1] آنفاً عن "البحر" أنَّ ظاهرَ النَّصِّ أنَّه لا يَحِلُّ قَبُولُ شـهادةِ الفاسـقِ قبـلَ تعرُّفِ حالِهِ، فإذا ظهَرَ للقاضي مِن حالِهِ الصِّـدقُ وقَبِلَـهُ يكـونُ مُوافقـاً للنَّـصِّ، إلاّ أنْ يُريـدَ بالنَّصِّ قولَهُ تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق:٢]، لكـنْ فيـه أنَّ دِلالتَـهُ علـى عَـدَمِ قَبُولِ [غَيْرِ][2] العَدلِ إنَّما هي بالمفهومِ، وهو غيرُ مُعتبَرٍ عندَنا ولاسيَّما هو مفهومُ لَقَبٍ، مـع أنَّ الآيةَ الأُولى تدلُّ على قَبُولِ قولِهِ عندَ التَّبيُّنِ عن حالِهِ كما قُلنا، تأمَّلْ.

[٢٥٩٤٥] (قولُهُ: وفي "معروضات" المفتي "أبي السُّعود") أي: المسائلِ التي عرَضَها على سُلطانِ زمانِهِ فأمَرَ بالعملِ بها.

[٢٥٩٤٦] (قولُهُ: في وُجودِ العَدالةِ) هذا كان في زمنِهِ، وقـد وُجِـدَ التَّسـاوي في عَدَمِهـا الآنَ، فليُنظَرْ مَن يُقدَّمُ، "ط"[3].

[٢٥٩٤٧] (قولُهُ: إذا كانت دُنيويَّةً) سيذكُرُ[4] تفسيرَها عن "شرح الشُّرنُبلاليِّ"، واحترَزَ

(قولُهُ: أنَّ دِلالتَهُ على عَدَمِ قَبُولِ العَدلِ إلخ) حَقُّهُ: غيرِ العَدلِ.

---

(١) المقولة [٢٥٩٤٠] قوله: ((لكنّه لا يُقلَّدُ وجوباً إلخ))

(٢) في النسخ جميعها: ((على عدم قبول العدل))، وما أثبتناه بين منكسرين لتصحيح العبارة، وقـد نبَّـه علـى ذلـك مصحِّحا "ب" و"م"، وانظر "تقريرات الرافعيّ" رحمه الله.

(٣) "ط": كتاب القضاء ١٧٤/٣.

(٤) صـ٢٧٠ـ "در".

ولو قضَى القاضي بها لا ينفُذُ، ذكَرَهُ "يعقوبُ باشا"، (فلا يَصِحُّ قضاؤهُ عليه)؛ لِما تقـرَّرَ أنَّ أهلَهُ أهلُ الشَّهادةِ. ....

بـ((الدُّنيويَّةِ)) عن الدِّينيَّةِ، فإنَّ مَن عادَى غيرَهُ لارتكابهِ ما لا يَحِلُّ لا يُتَّهمُ بأنَّه يشهَدُ عليه بزُورٍ، بخلافِ المعاداةِ الدُّنيويَّةِ، وعن هذا قُبِلَت شهادةُ المسلمِ علــى الكـافرِ وإنْ كـان عـدُوَّهُ مِن حيثُ الدِّيانةُ، وكذا شهادةُ اليهوديِّ على النَّصرانيِّ.

[٢٥٩٤٨] (قولُهُ: ولو قضَى القاضي بها لا ينفُذُ) دفَعَ به ما يُتوهَّمُ أنَّها مثلُ شهادةِ الفاسـقِ، فإنَّه تقدَّمَ[1] أنَّه يَصِحُّ قَبُولُها وإنْ أَثِمَ القاضي، فشهادةُ العَدُوِّ ليست كذلك، بل هي كما لو قَبِـلَ شهادةَ العبدِ والصَّبيِّ.

[٢٥٩٤٩] (قولُهُ: ذكَرَهُ "يعقوبُ باشا") أي: في "حاشيته" على "صدر الشَّـريعة"، وقـال في "الخيريَّة"[2]: ((والمسألةُ دوّارةٌ في الكتبِ)).

مطلبٌ في قضاءِ العَدُوِّ على عدُوِّهِ

[٢٥٩٥٠] (قولُـهُ: فـلا يَصِـحُّ قضـاؤهُ عليــه) أي: إذا كــانت شــهادةُ العَـدُوِّ علــى عدُوِّهِ لا تُقبَلُ، ولو قضَى بهـا القـاضي لا ينفُـذُ يتفـرَّعُ عليـه أنَّ القـاضيَ لـو قضَى علـى عدُوِّهِ لا يَصِحُّ؛ لِما تقرَّرَ إلخ. وبه سقَطَ ما قيل: إنَّ ما ذكَـرَهُ عـن "اليعقوبيَّـة" مُكـرَّرٌ مـع هذا، فافهمْ.

(تنبيهٌ)

إذا لم يَصِحَّ قضاؤهُ عليه فالمَخلَصُ إنابةُ غيرِهِ إذا كان مأذوناً بالاستنابةِ، وسيأتي[3] أنَّه يستنيبُ إذا وقَعَت له أو لولَدِهِ حادثةٌ.

---

(١) صـ٢٦٠ـ وما بعدها "در".

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب الشهادات ٢/٣٥، وعبارتها: ((والمسألة واردة في الكتب)).

(٣) صـ٥٨٣ـ "در".

قال "المصنِّف"[(١)]: ((وبه أفتى مُفتي مِصرَ شيخُ الإسلامِ "أمينُ الدِّينِ بنُ عبدِ العالِ"[(٢)])، قال: ((وكذا سِجِلُّ العَدُوِّ لا يُقبَلُ على عدُوِّهِ))، ثمَّ نقَلَ عن "شرح الوهبانيَّة": ((أنَّه لم يَرَ نَقْلَها عندَنا))، وينبغي النَّفاذُ[(٣)] لوِ القاضي عَدْلاً، ....

[٢٥٩٥١] (قولُهُ: قال) أي: "المصنِّف" في "المنح"[(٤)]، ونصُّهُ: ((ورأيتُ بموضعٍ ثقةٍ مَعزوّاً إلى بعضِ الفتاوى ـ وأظنُّ أنَّها "الفتاوى الكبرى" لـ"الخاصّي"[(٥)] ـ أنَّ سِجلَّ العَدُوِّ لا يُقبَلُ على عدُوِّهِ كما لا تُقبَلُ شهادتُهُ عليه)) اهـ. فافهمْ. والظّاهرُ: أنَّ المرادَ بالسِّجلِّ كما قال "ط"[(٦)]: ((كتابُ القاضي إلى قاضٍ في حادثةٍ على عدُوٍّ للقاضي))، وهو ما يأتي[(٧)] عن "النّاصحيِّ".

[٢٥٩٥٢] (قولُهُ: ثمَّ نقَلَ) أي: "المصنِّف"[(٨)].

[٢٥٩٥٣] (قولُهُ: أنَّه لم يَرَ نَقْلَها) أي: نَقْلُ مسألةِ قضاءِ القاضي على عدُوِّهِ، وهذا الكلامُ ذكَرَهُ "عبدُ البَرِّ بنُ الشِّحنة" في "شرح الوهبانيَّة"[(٩)] عن "ابن وهبانَ"، فينبغي أنْ يكونَ قولُهُ: ((لم يَرَ نَقْلَها)) مبنيّاً للمجهولِ.

[٢٥٩٥٤] (قولُهُ: وينبغي النَّفاذُ) أي: مُطلقاً، سواءٌ كان بعِلمِهِ[(١٠)] أو بشهادةِ عدلَينِ. وهذا البحثُ لـ"شارح الوهبانيَّة"[(١١)] خالَفَ فيه بَحْثَ "ابنِ وهبانَ" الآتي[(١٢)]، وذكَرَهُ عَقِبَهُ بقولِهِ[(١٢)]: ((قلتُ: بل ينبغي النَّفاذُ مُطلقاً لوِ القاضي عَدْلاً)).

---

(١) قوله: ((المصنف)) ليس في "ب" و"ط".

(٢) تقدمت ترجمته ٤٨/١٣.

(٣) في "ط": ((التفاذ)) بالتاء المثناة، وهو خطأ.

(٤) "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٢/ب.

(٥) هي ترتيب نجم الدين الخاصّي (ت٦٣٤هـ) لـ"الفتاوى الكبرى" للصدر الشهيد (ت٥٣٦هـ)، وتقدمت ترجمتها ١٧٦/٩.

(٦) "ط": كتاب القضاء ١٧٤/٣.

(٧) صـ٢٦٨ـ وما بعدها "در".

(٨) "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٢/ب ـ ق٥٣/أ.

(٩) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات ـ عدم جواز شهادة الرجل على الرجل بينهما عداوة إلخ ٣١٩/١.

(١٠) في "ك" و"م": ((يعلمه)) بالياء.

(١١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات ـ عدم جواز شهادة الرجل على الرجل بينهما عداوة إلخ ٣١٩/١.

(١٢) صـ٢٦٧ـ "در".

وقال "ابنُ وهبانَ" بحثاً: ((إنْ بعِلمِهِ لم يَجُزْ، وإنْ بشهادةِ العُـدولِ بمَحضرٍ مِن النّـاسِ جازَ)) اهـ. **قلتُ**: واعتمَدَهُ القاضي "محبُّ الدِّين"[١] في "منظومته"، فقال:

ولو على عـدُوِّهِ قـاضٍ حكَـمْ   إنْ كان عَدْلاً صحَّ ذاك وانبرَمْ

واختارَ بعـضُ العُلَمـا وفصَّـلا   إنْ كان بالعِلمِ قضَى لن يُقبَلا

وإنْ يكـنْ بمَحضـرٍ مِن المَـلا   وبشـهادةِ العُـدولِ قُبِـلا

قلتُ: لكنْ نقَلَ في "البحر"[٢] والعينيُّ[٣] و"الزَّيلعيُّ"[٤] و"المصنِّفُ"[٥] وغَيْرُهُم.....

[٢٥٩٥٥] (قولُهُ: إنْ بعِلمِهِ لم يَجُزْ) أي: بناءً على القولِ بجوازِ قضاءِ القاضي بعِلمِهِ، والمعتمَدُ خلافُهُ. وعليه فلا خلافَ بينَ كلامَي "ابنِ الشِّحنة" و"ابنِ وهبانَ"، فإنَّ مُؤدَّى كلامَيهما نُفوذُ حُكمِهِ لو عَدْلاً بشهادةِ العُدولِ.

[٢٥٩٥٦] (قولُهُ: واعتمَدَهُ إلخ) المتبادرُ مِن النَّظمِ اعتمادُ الأوَّلِ، وهو بحثُ "ابنِ الشِّحنة"، فيتعيَّنُ عَوْدُ الضَّميرِ إليه.

[٢٥٩٥٧] (قولُهُ: واختارَ بعضُ العُلَما) هو "ابنُ وهبانَ".

[٢٥٩٥٨] (قولُهُ: قلتُ: لكنْ إلخ) أصلُهُ لـ"المصنِّف"، حيثُ قال: ((وقد غفَلَ "الشَّيخانِ" ـ أي: ابنُ وهبانَ" وشارحُهُ "عبدُ البَرِّ" ـ [٣/ق١٩٥/ب] عمّا اتَّفقَت كلمتُهم عليه في كتبِهم المعتمَدةِ

(قولُهُ: وعليه فلا خلافَ بينَ كلامَي "ابنِ الشِّحنة" و"ابنِ وهبانَ" إلخ) فيه: أنَّ كلامَ "ابنِ الشِّحنة" مُقيَّدٌ بما إذا كان القاضي عَدْلاً، وكلامُ "ابنِ وهبانَ" غيرُ مُقيَّدٍ بهذا القيدِ، بل فيه التَّفصيلُ بينَ كونِهِ بعِلمِهِ أوْ لا، فما زالَ الخلافُ مُتحقِّقاً فيما لو كان القاضي غيرَ عَدْلٍ وقضَى بشهادةِ العُدولِ، أو قضَى بعِلمِهِ على غيرِ المعتمَدِ وكان عَدْلاً، تأمَّلْ.

---

(١) "المنظومة المحبية": كتاب القضاء صـ ٦٠ـ.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٣.

(٣) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ٢/٨٤، وذكر أن هذا قول إبراهيم النخعي.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ٤/١٧٥.

(٥) "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٤/أ، نقلاً عن إبراهيم النخعي.

عندَ مسألةِ التَّقليدِ مِن الجائرِ عن "النّاصحيِّ" في "تهذيب أدب القاضي"[(١)] لـ"الخصّاف": ((أنَّ مَن لم تَجُزْ شهادتُهُ لم يَجُزْ قضاؤهُ،......................

مِن أنَّ أهلَهُ أهلُ الشَّهادةِ، فمَن صلَحَ لها صلَحَ له، ومَن لا فلا، والعدُوُّ لا يصلُحُ للشَّهادةِ على ما عليه عامَّةُ المتأخِّرينَ، فلا يصلُحُ للقضاءِ)) اهـ "ط"[(٢)].

قلتُ: ولم أرَ هذا الكلامَ في نُسْخَتِي مِن "شرح المصنِّف"[(٣)].

ثمَّ اعلَم أنَّ مرادَ "الشّارحِ" الاستدراكُ على كلامِ "الشَّيخين" وتأييدُ كلامِ "المتنِ"، فإنَّ "المصنِّف" فرَّعَ عَدَمَ صحَّةِ القضاءِ على عَدَمِ قَبُولِ الشَّهادةِ، وهو مفهومُ الكلِّيَّةِ الواقعةِ في عباراتِ المتونِ، وهي قولُهم: ((وأهلُهُ أهلُها))، فإنَّ مفهومَها عكسُها اللُّغويُّ، وهو أنَّ مَن ليس أهلاً لها لا يكونُ أهلاً له، فلذا قال "المصنِّف" في "متنِهِ"[(٤)]: ((والعَدُوُّ لا تُقبَلُ شهادتُهُ على عدُوِّهِ فلا يَصِحُّ قضاؤهُ عليه))، ولَمّا كان هذا إثباتاً للحُكمِ بالمفهومِ، وفيه احتمالُ نقلِ "الشّارحِ" أنَّ مفهومَ الكلِّيَّةِ المذكورةِ مُصرَّحٌ به في عبارةِ "النّاصحيِّ"، فسقَطَ الاحتمالُ واندفَعَ بحثُ "الشَّيخين" وتأيَّدَ كلامُ "المصنِّف"، ولذا قال[(٥)]: ((وهو صريحٌ أو كالصَّريحِ فيما اعتمَدَهُ "المصنِّف")). ٤/٣٠٠

ولكنْ بَقِيَ ههنا تحقيقٌ و[(٦)]توفيقٌ، وهو أنَّه ذكَرَ في "القنية"[(٧)]: ((أنَّ العداوةَ الدُّنيويَّةَ لا تَمنَعُ قَبُولَ الشَّهادةِ ما لم يفسُقْ بها، وأنَّه الصَّحيحُ وعليه الاعتمادُ، وأنَّ ما في "المحيط"

(قولُهُ: ولم أرَ هذا الكلامَ في نُسختي مِن "شرح المصنِّف") بل رأيتُهُ في نسخةٍ قديمةٍ، وَقْفُ الشَّيخِ "عبدِ الحيِّ الشُّرنبُلاليِّ".

---

(١) هو مختصر وقفَي هلال بن يحيى البصري (ت٢٤٥هـ) والخصاف (ت٢٦١هـ)، وهو لأبي محمد عبد الله بن الحسين المعروف بالناصحيّ النيسابوريّ (ت٤٤٧هـ). ("كشف الظنون" ١/٢١، "الطبقات السنية" ٤/١٦٥).

(٢) "ط": كتاب القضاء ٣/١٧٥.

(٣) ولم نَرَهُ نحن أيضاً في نسختنا من "المنح".

(٤) صـ٢٦٤ ـ ٢٦٥ـ "در".

(٥) صـ٢٦٩ـ "در".

(٦) الواو ليست في "م".

(٧) "القنية": كتاب الشهادات ـ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ق١٣٦/أ ـ ب، نقلاً عن "المحيط"، و"الواقعات الكبرى"، و"كنز الرؤوس"، و"خزانة الفقه"، و"شرح السنة"، و"معالم السنن"، والقاضي أبي علي النسفي.

ومَن لم يَجُزْ قضاؤُهُ لا يُعتمَدُ على كتابهِ)) اهـ. وهو صريحٌ أو كالصَّريحِ فيما اعتمَدَهُ "المصنِّف" كما لا يخفَى، فليُعتمَدْ، ....

و"الواقعات": مِن أنَّ شهادةَ العدُوِّ على عدُوِّهِ لا تُقبَلُ اختيارُ المتأخِّرينَ، والرِّوايةُ المنصوصةُ تُخالِفُها، وأنَّه مذهبُ "الشّافعيِّ"، وقال "أبو حنيفةَ": تُقبَلُ إذا كان عَدْلاً، وفي "المبسوط"[(١)]: إنْ كانت دُنيويَّةً فهذا يُوجِبُ فِسقَهُ، فلا تُقبَلُ شهادتُهُ)) اهـ مُلخَّصاً.

والحاصلُ: أنَّ في المسألةِ قولَينِ مُعتمَدينِ أحدُهما: عَدَمُ قَبُولِها على العدُوِّ، وهذا اختيارُ المتأخِّرينَ، وعليه صاحبُ "الكنز"[(٢)] و"الملتقى"[(٣)]. ومُقتضاهُ أنَّ العِلَّةَ العداوةُ لا الفِسقُ، وإلاّ لم تُقبَلْ على غيرِ العَدُوِّ أيضاً، وعلى هذا لا يَصِحُّ قضاءُ العَدُوِّ على عدُوِّهِ أيضاً.
ثانيهما: أنَّها تُقبَلُ إلاّ إذا فسَقَ بها، واختارَهُ "ابنُ وهبانَ" و"ابنُ الشِّحنة". وإذا قُبِلَت فبالضَّرورةِ يَصِحُّ قضاءُ العَدُوِّ على عدُوِّهِ إذا كان عَدْلاً، فلذا اختارَ "الشَّيخان" صحَّتَهُ، وبه عُلِمَ أنَّ مَن يقولُ بقَبُولِ شهادةِ العَدُوِّ العَدْلِ يقولُ بصحَّةِ قضائِهِ، ومَن لا فلا، وأنَّ ما ذكَرَهُ "النّاصحيُّ" لا يعارضُ كلامَ "الشَّيخين"؛ لاختلافِ المناطِ، فاغتنمْ هذا التَّحقيقَ ودَعِ التَّلفيقَ.

[٢٥٩٥٩] (قولُهُ: لا يُعتمَدُ على كتابهِ) هو المعبَّرُ عنه فيما سبَقَ بـ((السِّجلِّ))، "ط"[(٤)].

[٢٥٩٦٠] (قولُهُ: فيما اعتمَدَهُ "المصنِّف") أي: في "متنِهِ" مِن إطلاقِ عَدَمِ القَبُولِ.

(قولُهُ: واختارَهُ "ابنُ وهبانَ" إلخ) فيه: أنَّ "ابنَ وهبانَ" لم يجعَلِ المدارَ في صحَّةِ القضاءِ إلاّ على عدالةِ الشُّهودِ لا على عدالةِ القاضي، و"ابنُ الشِّحنة" على اعتبارِ عدالةِ القاضي خاصَّةً.

(قولُهُ: فاغتنمْ هذا التَّحقيقَ) لا يخفَى أنَّه لا خلافَ في الحقيقةِ بينَهم؛ لأنَّ المتقدِّمينَ منَعُوا القَبُولَ في المُفسِّقةِ وأجازُوها في غيرِها، والمتأخِّرونَ أطلَقُوا المنعَ ثمَّ ذكرُوا ما يُفيدُ أنَّه في المُفسِّقةِ، ومِن ذلك قولُ "الشُّرُنبُلاليِّ": ((ثمَّ إنَّما تثبُتُ بنحوِ إلخ))، فإنَّهم ما ذكروا هذا التَّقييدَ إلاّ لقولِ أئمَّةِ المذهبِ: لا تُقبَلُ شهادةُ العَدُوِّ، الذي هو قولُ المتأخِّرينَ، تأمَّلْ.

---

(١) "المبسوط": كتاب الشهادات ـ باب من لا تجوز شهادته ١٦/١٣٣ بتصرف.
(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الشهادات ـ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ٢/١٠٥.
(٣) "ملتقى الأبحر": كتاب الشهادات ـ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ٢/٨٨.
(٤) "ط": كتاب القضاء ٣/١٧٥.

وبه أفتى محقِّقُ الشّافعيَّةِ "الرَّمليُّ"[١]، ومِن خَطِّهِ نقَلتُ: ((أنَّه لو قضَى عليه ثمَّ أثبَتَ عداوتَهُ بطَلَ قضاؤُهُ))، فليُحفَظْ. وفي "شرح الوهبانيَّة" لـ"الشُّرنبُلالي": ((ثمَّ إنَّما تثبُتُ العَداوةُ بنحوِ قَذْفٍ، وجَرْحٍ، وقَتْلِ وليٍّ، لا بمخاصمةٍ)). ....

[٢٥٩٦١] (قولُهُ: وبه أفتى محقِّقُ الشّافعيَّةِ "الرَّمليُّ") هذا غيرُ ما نقَلَهُ في "شرح الوهبانيَّة"[٢] عن "الرّافعيِّ"[٣] عن "الماورديِّ"[٤]: ((مِن جوازِ القضاءِ على العَدُوِّ لا الشَّهادةِ عليه؛ لظُهورِ أسبابِ الحُكمِ وخفاءِ أسبابِ الشَّهادةِ)) اهـ. وهو وجيهٌ، ولذا قيَّدَ "ابنُ وهبانَ" صحَّةَ القضاءِ بما إذا كان بشهادةِ العُدولِ بمَحضرٍ مِن النّاسِ كما مرَّ[٥]؛ لتنتفيَ التُّهَمَةُ بمعاينةِ أسبابِ الحُكمِ.

ويظهَرُ لي أنَّه ينبغي أنْ يَصِحَّ الحُكمُ عندَنا في هذه الصُّورةِ حتّى على القولِ بعَدَمِ قَبُولِ شهادةِ العَدُوِّ، فتأمَّلْ.

[٢٥٩٦٢] (قولُهُ: ومِن خَطِّهِ نقَلتُ) الجارُّ والمجرورُ مُتعلقٌ بقولِهِ: ((نقَلتُ)). وقولُهُ: ((أنَّه لو قضَى إلخ)) مفعولُ ((نقَلتُ))، أو بدلٌ مِن الضَّميرِ المجرورِ في قولِهِ: ((وبه أفتى))، وجملةُ ((ومِن خَطِّهِ نقَلتُ)) مُعترِضةٌ، أو هي خبرٌ مُقدَّمٌ وجملةُ ((أنَّه لو قضَى إلخ)) مبتدأٌ مُؤخَّرٌ، واقتصرَ "ط"[٦] على الأخيرِ.

[٢٥٩٦٣] (قولُهُ: وفي "شرح الوهبانيَّة" لـ"الشُّرنبُلاليِّ" إلخ) أصلُهُ لناظِمِها، ونقَلَهُ العلاّمةُ "عبدُ البَرِّ"[٧] عنه، ونصُّهُ: ((قال ـ أي: "ابنُ وهبانَ" ـ: وقد يَتوهَّمُ بعضُ المتفقِّهةِ مِن الشُّهودِ أنَّ مَن خاصمَ شخصاً في حَقٍّ أوِ ادَّعَى عليه يصيرُ عدُوَّهُ فيَشهدونَ بينَهما بالعداوةِ وليس كذلك، وإنَّما تثبُتُ بنحوِ إلخ)) اهـ.

---

(١) "فتاوى الرملي": كتاب الشهادات ـ باب الدعوى والبينات ٤/١٧٣ـ ١٧٤ بتصرف (هامش "الفتاوى الكبرى الفقهية" لابن حجر).

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات ـ عدم جواز شهادة الرجل على الرجل بينهما عداوة إلخ ١/٣١٩.

(٣) لم نعثر عليها في القسم المطبوع من كتابه "فتح العزيز شرح الوجيز". وتقدمت ترجمة الرافعي ١/٢٦١.

(٤) لم نقف على النّقل في كتابيه: "الأحكام السلطانية" و"الحاوي الكبير". والماورديُّ هو أبو الحسن عليّ بن محمد (ت٤٥٠هـ). ("طبقات السبكي" ٥/٢٦٧).

(٥) صـ٢٦٧ـ "در".

(٦) "ط": كتاب القضاء ٣/١٧٥.

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات ـ عدم جواز شهادة الرجل على الرجل بينهما عداوة إلخ ١/٣١٩.

نَعَمْ هي تَمنَعُ الشَّهادةَ فيما وقَعَت فيه المخاصمةُ كشهادةِ وكيلٍ فيما وُكِّلَ فيه، ووصيٍّ، وشريكٍ. (والفاسقُ لا يصلُحُ مُفتياً)؛ لأنَّ الفتوى مِن أمورِ الدِّينِ، والفاسقُ لا يُقبَلُ قولُهُ في الدِّياناتِ، "ابن مَلَكٍ"،..........

قلتُ: لكنْ قد عَلِمتَ أنَّ مُختارَ "ابنِ وهبانَ" أنَّ العَداوةَ لا تَمنَعُ قَبُولَ الشَّهادةِ إلاّ إذا فسَقَ بها، فعُلِمَ أنَّها قد تكونُ مُفسِّقةً وقد لا تكونُ، فقولُهُ: ((وإنَّما تثبُتُ إلخ)) [٣/ق١٩٦/أ] يريدُ به العداوةَ المانعةَ، وهي المُفسِّقةُ، ولا يخفَى أنَّ هذه تَمنَعُ القَبُولَ على العَدُوِّ وعلى غيرِهِ، وسيأتي تمامُ الكلامِ على هذه المسألةِ في الشَّهاداتِ[١] إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

[٢٥٩٦٤] (قولُهُ: ووصيٍّ) أي: فيما أُوصِيَ عليه. وقولُهُ: ((وشريكٍ)) أي: فيما هو مِن مالِ الشَّرِكةِ، "ط"[٢].

[مطلبٌ: لا يُعتمَدُ على فتوى المفتي الفاسقِ مُطلَقاً]

[٢٥٩٦٥] (قولُهُ: والفاسقُ لا يصلُحُ مُفتياً) أي: لا يُعتمَدُ على فتواهُ، وظاهرُ قولِ "المجمع": ((لا يُستفتَى)) أنَّه لا يَحِلُّ استفتاؤُهُ، ويُؤيِّدُهُ قولُ "ابنِ الهمامِ" في "التحرير"[٣]: ((الاتِّفاقُ على حِلِّ استفتاءِ[٤] مَن عُرِفَ مِن أهلِ العِلمِ بالاجتهادِ والعَدالةِ، أو رآهُ مُنتصباً والنَّاسُ يستفتونَهُ مُعظِّمينَ له، وعلى امتناعِهِ إنْ ظَنَّ عَدَمَ أحدِهما))، أي: عَدَمَ الاجتهادِ أو العدالةِ كما في "شرحِهِ"[٥]. ولكنَّ اشتراطَ الاجتهادِ مبنيٌّ على اصطلاحِ الأصوليِّين: أنَّ المفتيَ المجتهدُ، أي: الذي يُفتي بمذهبِهِ، وأنَّ غيرَهُ ليس بمُفتٍ، بل هو ناقلٌ كما سيأتي[٦]، والثَّاني هو المرادُ هنا بدليلِ ما سيأتي مِن أنَّ اجتهادَهُ شرطُ الأَولَويَّة، ولأنَّ المجتهدَ مفقودٌ اليومَ.

(قولُهُ: ولا يخفَى أنَّ هذه تَمنَعُ القَبُولَ على العَدُوِّ وعلى غيرِهِ) لكنَّ مَنْعَ القَبُولِ على عدُوِّهِ بمعنى عَدَمِ النَّفاذِ لو قضَى بها، وعلى غيرِهِ بمعنى أنَّ القاضيَ لا يَحِلُّ له قَبُولُها، ولو قَبِلَها وقضَى بها نفَذَ حُكمُهُ.

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٩٨٠] قوله: ((وعدوٍّ إلخ)) وما بعدها.

(٢) "ط": كتاب القضاء ١٧٥/٣.

(٣) "التحرير": المقالة الثالثة ـ مسألةٌ: الاتفاق على حِلِّ استفتاء مَنْ عُرِفَ من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة إلخ صـ٥٤٩ـ.

(٤) في "الأصل": ((استفتائه)).

(٥) "التقرير والتحبير": المقالة الثالثة ـ مسألةٌ: الاتفاق على حِلِّ استفتاء مَنْ عُرِفَ من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة إلخ ٣٤٥/٣.

(٦) المقولة [٢٥٩٨٢] قوله: ((ولا يُخيَّرُ إلاَّ إذا كان مجتهداً)).

زاد "العينيّ"[١]: ((واختارَهُ كثيرٌ مِن المتأخّرينَ))، وجزَمَ به صاحبُ "المجمع" في "متنِهِ"، وله في "شرحِهِ" عباراتٌ بليغةٌ، وهو قولُ الأئمَّةِ الثَّلاثةِ[٢] أيضاً، وظاهرُ ما في "التَّحرير": ((أنّه لا يَحِلُّ استفتاؤهُ اتّفاقاً)) كما بسَطَهُ "المصنِّف"[٣]، (وقيل: نَعَمْ) يصلُحُ، وبه جزَمَ في "الكنز"؛ لأنَّه يجتهدُ ....

والحاصلُ: أنَّه لا يُعتمَدُ على فتوى المفتي الفاسقِ مُطلقاً.

[٢٥٩٦٦] (قولُهُ: وله في "شرحِهِ" عباراتٌ بليغةٌ) حيثُ قال: ((إنَّ أَولى ما يُستنزَلُ به فيضُ الرَّحمةِ الإلهيةِ في تحقيقِ الواقعاتِ الشَّرعيَّةِ طاعةُ اللهِ عزَّ وجلَّ، والتَّمسُّكُ بحبلِ التَّقوى، قال اللهُ تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ﴾ [البقرة:٢٨٢]، ومَنِ اعتمَدَ على رأيِهِ وذِهنِهِ في استخراجِ دقائقِ الفقهِ وكنوزِهِ ـ وهو في المعاصي حقيقٌ بإنزالِ الخِذلانِ ـ فقد اعتمَدَ على ما لا يُعتمَدُ عليه ﴿وَمَن لَّمۡ يَجۡعَلِ ٱللَّهُ لَهُۥ نُورٗا فَمَا لَهُۥ مِن نُّورٍ﴾ [النور:٤٠])) اهـ.

[٢٥٩٦٧] (قولُهُ: وظاهرُ ما في "التَّحرير") بل هو صريحُهُ كما سَمِعتَ[٤].

[٢٥٩٦٨] (قولُهُ: وبه جزَمَ في "الكنز") حيثُ قال[٥]: ((والفاسقُ يصلُحُ مُفتياً، وقيل: لا))، فجزَمَ بالأوَّلِ ونسَبَ الثّانيَ إلى قائلِهِ بصيغةِ التَّمريضِ، فافهمْ.

[٢٥٩٦٩] (قولُهُ: لأنَّه يجتهدُ إلخ) هذا التَّعليلُ لا يظهَرُ في زمانِنا؛ لأنَّه قد يُعرِضُ عن النَّصِّ الضَّروريِّ قصداً لغرضٍ فاسدٍ، وربَّما عُورِضَ بالنَّصِّ فيدَّعي فسادَ النَّصِّ، "ط"[٦].

(قولُهُ: بل هو صريحُهُ كما سَمِعتَ) يُقالُ: إنَّ قولَهُ: ((وعلى امتناعِهِ إلخ)) يحتمِلُ أنْ يكونَ خبرَ مبتدأٍ تقديرُهُ: والعملُ على امتناعِ إلخ، وليس معطوفاً على قولِهِ: ((على حِلِّ إلخ))، والقرينةُ على هذا الاحتمالِ ذِكرُ غيرِهِ الخلافَ في هذه المسألةِ، تأمَّلْ.

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ٨٣/٢.

(٢) انظر "مواهب الجليل": باب القضاء ٨٧/٦، "نهاية المحتاج": كتاب القضاء ٢٣٨/٨، "المغني": كتاب القضاء ـ شروط القاضي ٥٠٢/١٣ ـ ٥٠٣.

(٣) انظر "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٣/أ.

(٤) المقولة [٢٥٩٦٥] قوله: ((والفاسقُ لا يصلُحُ مُفتياً)).

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ٨٣/٢.

(٦) "ط": كتاب القضاء ١٧٥/٣.

حَذارَ نسبةِ الخطأِ، ولا خلافَ في اشتراطِ إسلامِهِ وعقلِهِ، وشرَطَ بعضُهم تيقُّظَهُ، لا حُرِّيَّتَهُ وذُكورتَهُ[١] ونُطقَهُ، ....

[٢٥٩٧٠] (قولُهُ: حَذارَ نسبةِ الخطأِ) الأَولى أنْ يقولَ: حَذَرَ؛ لِما في "القاموس"[٢]: ((وحَذارِ حَذارِ، وقد يُنوَّنُ الثّاني، أي: احذَرْ))، "ط"[٣].

[مطلب: يشترط في المفتي أن يكون متيقّظاً يَعلم حِيلَ النَّاس ودسائسَهم]

[٢٥٩٧١] (قولُهُ: وشرَطَ بعضُهم تيقُّظَهُ) احترازاً عمَّن غلَبَ عليه الغَفلَةُ والسَّهوُ.

قلتُ: وهذا شرطٌ لازمٌ في زمانِنا، فإنَّ العادةَ اليومَ أنَّ مَن صار[٤] بيدِهِ فتوى المفتي استطالَ على خصمِهِ وقهَرَهُ بمجرَّدِ قولِهِ: أفتاني المفتي بأنَّ الحَقَّ معي، والخصمُ جاهلٌ لا يدري ما في الفتوى، فلا بدَّ أنْ يكونَ المفتي مُتيقِّظاً يَعلَمُ حِيَلَ النّاسِ ودسائسَهم، فإذا جاءَهُ[٥] السّائلُ يُقرِّرُهُ مِن لسانِهِ، ولا يقولُ له: إنْ كان كذا فالحَقُّ معكَ، وإنْ كان كذا فالحَقُّ مع خصمِكَ؛ لأنَّه يختارُ لنفسِهِ ما ينفعُهُ ولا يعجزُ عن إثباتِهِ بشاهدَي زُورٍ، بلِ الأحسنُ أنْ يجمعَ بينَه وبينَ خصمِهِ، فإذا ظهَرَ له الحَقُّ مع أحدِهما كتَبَ الفتوى لصاحبِ الحَقِّ، وليحترِزْ مِن الوكلاءِ في الخصوماتِ، فإنَّ أحدَهم لا يرضَى إلاّ بإثباتِ دعواهُ لموكِّلِهِ بأيِّ وجهٍ أمكَنَ، ولهم مهارةٌ في الحِيَلِ والتّزويرِ وقَلْبِ الكلامِ وتصويرِ الباطلِ بصورةِ الحَقِّ، فإذا أخَذَ الفتوى قهَرَ خصمَهُ ووصَلَ إلى غرَضِهِ الفاسدِ، فلا يَحِلُّ للمُفتي أنْ يُعينَهُ على ضلالِهِ، وقد قالوا: مَن جهلَ بأهلِ زمانِهِ[٦] فهو جاهلٌ، وقد يَسألُ عن أمرٍ شرعيٍّ وتدُلُّ القرائنُ للمُفتي المتيقِّظِ أنَّ مرادَهُ التَّوصُّلُ به إلى غرَضٍ فاسدٍ كما شاهدناهُ كثيراً.

٤/٣٠١

والحاصلُ: أنَّ غفلَةَ المفتي يلزَمُ مِنها ضررٌ عظيمٌ في هذا الزَّمانِ، واللهُ تعالى المستعان.

[٢٥٩٧٢] (قولُهُ: لا حُرِّيَّتَهُ إلخ) أي: فهو كالرّاوي، لا كالشّاهدِ والقاضي، ولذا تَصِحُّ فتواهُ لِمَن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له.

(١) في "د" و"و": ((وذكوريته))، وفي "ط": ((وذكوته)) دون راء، وهو خطأ.

(٢) "القاموس": مادة ((حذر)).

(٣) "ط": كتاب القضاء ١٧٥/٣ بتصرف.

(٤) ((صار)) ليست في "الأصل".

(٥) في "م": ((جاهه))، وهو خطأ.

(٦) في "الأصل": ((زماننا)).

فَيَصِحُّ إفتاءُ الأخرسِ[1] لا قضاؤهُ، (ويُكتفَى بالإشارةِ مِنه لا مِن القاضي)؛ للُزومِ صيغةٍ مخصوصةٍ كـ:حكمتُ وألزمتُ بعدَ دعوى صحيحةٍ، وأمّا الأطرشُ ـ وهو مَن يسمَعُ الصَّوتَ القويَّ ـ فالأصحُّ الصِّحَّةُ، بخلافِ الأصمِّ. ....

[٢٥٩٧٣] (قولُهُ: فيَصِحُّ إفتاءُ الأخرسِ) أي: حيثُ فُهِمَت إشارتُهُ، بل يَجُوزُ أنْ يعمَلَ بإشارةِ النّاطقِ كما في "الهنديَّة"[2]، وأفادَهُ عمومُ قولِ "المصنِّف": ((ويُكتفَى بالإشارةِ مِنه))، "ط"[3]. [٣/ق١٩٦/ب]

[٢٥٩٧٤] (قولُهُ: فالأصحُّ الصِّحَّةُ) لأنَّه يُفرِّقُ بينَ المُدَّعي والمُدَّعَى عليه، وقيل: لا يَجُوزُ؛ لأنَّه لا يسمَعُ الإقرارَ، فيُضيِّعُ حُقوقَ النّاسِ بخلافِ الأصمِّ، وهكذا فصَّلَ "شارح الوهبانيَّة"[4]، وينبغي أنَّ الحُكمَ كذلك في المفتي.

فإنْ قلتَ: قد يُفرَّقُ بينَهما بأنَّ المفتيَ يقرأُ صورةَ الاستفتاءِ ويكتُبُ جوابَهُ فلا يحتاجُ إلى السَّماعِ.

قلتُ: الظّاهرُ مِن كلامِهم عَدَمُ الاكتفاءِ بهذا في القاضي، مع أنَّه يمكِنُ أنْ يُكتَبَ له جوابُ الخصمينِ، فكذا في المفتي، ويمكنُ الفرقُ بأنَّ القضاءَ لا بدَّ له مِن صيغةٍ مخصوصةٍ بعدَ دعوى صحيحةٍ، فيُحتاطُ فيه، بخلافِ الإفتاءِ، فإنَّه إفادةُ الحُكمِ الشَّرعيِّ ولو بالإشارةِ، فلا يُشترَطُ فيه السَّماعُ. اهـ "منح"[5] مُلخَّصاً.

قلتُ: لا شكَّ أنَّه إذا كُتِبَ له وأجابَ عنه جازَ العملُ بفتواهُ، وأمّا إذا كان منصوباً للفتوى يأتيهِ عامَّةُ النّاسِ ويسألونَهُ مِن نساءٍ وأعرابٍ وغيرِهم فلا بدَّ أنْ يكونَ صحيحَ السَّمعِ،

---

(١) في "ط": ((لأخرس)).

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب الأول في تفسير معنى الأدب والقضاء إلخ ٣٠٩/٣.

(٣) "ط": كتاب القضاء ١٧٦/٣.

(٤) في "م": ((الوهانية)) دون الباء، وهو خطأ، انظر "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ـ مسألة جواز تولية الطُّرْش ٢٨٩/١.

(٥) "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٢/ب.

(ويفتي القاضي) ولو في مجلسِ القضاءِ، وهو الصَّحيحُ[١] (مَن لم يُخاصِمْ إليه)، "ظهيريَّة"، وسيتَّضِحُ . ...

لأنَّه لا يُمكنُ كلَّ سائلٍ أنْ يكتُبَ له سؤالَهُ، وقد يحضُرُ إليه الخصمانِ ويتكلَّمُ أحدُهما بما يكونُ فيه الحَقُّ عليه لا له، والمفتي لم يسمَعْ ذلك مِنه فيُفتيهِ على ما سَمِعَ مِن بعضِ كلامِهِ فيُضيِّعُ حَقَّ خصمِهِ، وهذا قد شاهدتُهُ كثيراً، فلا ينبغي التَّردُّدُ في أنَّه لا يصلُحُ أنْ يكونَ مُفتياً عامّاً ينتظِرُ القاضي جوابَهُ ليحكُمَ به، فإنَّ ضررَ مثلِ هذا أعظمُ مِن نفعِهِ، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

[**مطلب: هل يفتي القاضي؟**]

[٢٥٩٧٥] (قولُهُ: ويفتي القاضي إلخ) في "الظَّهيريَّة"[٢]: ((ولا بأسَ للقاضي أنْ يُفتيَ مَن لم يُخاصِمْ إليه، ولا يُفتي أحدَ الخصمينِ فيما خُوصِمَ إليه)) اهـ "بحر"[٣]. وفي "الخلاصة"[٤]: ((القاضي هل يُفتي؟ فيه أقاويلُ، والصَّحيحُ أنَّه لا بأسَ به في مجلسِ القضاءِ وغيرِهِ في الدِّياناتِ والمعاملاتِ)) اهـ. ويُمكِنُ حَمْلُهُ على مَن لم يُخاصِمْ إليه فيوافِقُ ما في "الظَّهيريَّة"، ومِن ثَمَّ عوَّلنا عليه في هذا المختصر، "منح"[٥]. وقد جمَعَ "الشّارحُ" بينَ العبارتينِ بهذا الحَمْلِ. وفي "كافي الحاكم": ((وأكرَهُ للقاضي أنْ يُفتيَ في القضاءِ للخصومِ كراهةَ أنْ يعلَمَ خصمُهُ قولَهُ، فيتحرَّزَ مِنه بالباطلِ)) اهـ.

[٢٥٩٧٦] (قولُهُ: وسيتَّضِحُ) لعلَّهُ أرادَ به مسألةَ التَّسويةِ[٦]، تأمَّلْ.

(قولُهُ: وقد جمَعَ "الشّارحُ" بينَ العبارتينِ إلخ) أي: "المصنِّفُ" في شرحِهِ لا شارحُ "الدُّرِّ"، فإنَّه لم يتعرَّضْ لِما في "الخلاصة"، ولا لحملِهِ على مَن لم يُخاصِمْ إليه.

---

(١) في "و" زيادة: (("درر")) بعد قوله: ((وهو الصحيح))، ولم نقف على المسألة في "الدرر" والتصحيح الموجود في الشرح هو لـ"الخلاصة".

(٢) "الظهيرية": كتاب الدعوى والبينات ـ الفصل السادس فيما ينبغي للقاضي أن يعمل في تقلد القضاء إلخ ق٣١٧/ب.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٧/٦.

(٤) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الثاني في أدب القضاة والحكام ـ الجنس الأول في المقدمة ق١٩٥/ب.

(٥) "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٣/أ.

(٦) انظر مسألة التسوية في ٣٤٣ـ وما بعدها "در".

(ويأخُذُ) القاضي كالمفتي (بقولِ "أبي حَنيفةَ" على الإطلاقِ، ثمَّ بقولِ "أبي يوسفَ، ثمَّ بقولِ "محمَّدٍ"، ثمَّ بقولِ "زُفَرَ" و"الحسنِ بنِ زيادٍ")، وهو الأصحُّ، "منية" و"سراجيَّة"[(١)]، وعبارة "النَّهر": ((ثم بقولِ "الحسنِ"))، فتنبَّهْ. وصحَّحَ في "الحاوي" اعتبارَ قوَّةِ المُدرَكِ،

مطلبٌ: يُفتَى بقولِ "الإمامِ" على الإطلاقِ

[مطلب: الفتوى على قول "أبي يوسف" فيما يتعلق بالقضاء]

[٢٥٩٧٧] (قولُهُ: على الإطلاقِ) أي: سواءٌ كان معه أحدُ أصحابِهِ أو انفرَدَ، لكنْ سيأتي قبيلَ الفصلِ[(٢)] أنَّ الفتوى على قولِ "أبي يوسفَ" فيما يتعلَّقُ بالقضاءِ؛ لزيادةِ تجربتِهِ.

[٢٥٩٧٨] (قولُهُ: وهو الأصحُّ) مُقابلُهُ ما يأتي[(٣)] عن "الحاوي" وما في "جامع الفصولين"[(٤)]: ((مِن أنَّه لو معه أحدُ صاحبيهِ أخَذَ بقولِهِ، وإنْ خالفاهُ قيل: كذلك، وقيل: يُخيَّرُ إلاّ فيما كان الاختلافُ بحسَبِ تغيُّرِ الزَّمانِ كالحُكمِ بظاهرِ العَدالةِ، وفيما أجمَعَ المتأخِّرونَ عليه كالمزارعةِ والمعاملةِ فيختارُ قولَهما)).

[٢٥٩٧٩] (قولُهُ: وعبارةُ "النَّهر" إلخ) أي: لإفادةِ أنَّ رتبةَ "الحسنِ" بعدَ "زُفَرَ"، بخلافِ عبارةِ "المصنِّف"، فإنَّ عطفَهُ بالواوِ يُفيدُ أنَّهما في رتبةٍ واحدةٍ، وعبارةُ "المصنِّف" هي المشهورةُ في الكتبِ.

[٢٥٩٨٠] (قولُهُ: وصحَّحَ في "الحاوي") أي: "الحاوي القدسي"[(٥)]، وهذا فيما إذا خالَفَ "الصَّاحبانِ" "الإمامَ". والمرادُ بـ((قوَّةِ المُدرَكِ)) قوَّةُ الدَّليلِ، أُطلِقَ عليه المُدرَكُ لأنَّه مَحلُّ إدراكِ الحُكمِ؛ لأنَّ الحُكمَ يُؤخَذُ مِنه.

(قولُهُ: لكنْ سيأتي قبيلَ الفصلِ إلخ) لا حاجةَ لهذا الاستدراكِ، فإنَّ كلامَ "المصنِّف" مُقيَّدٌ بما إذا لم يُوجَدْ ترجيحٌ لخلافِ هذا التَّرتيبِ كما يأتي.

---

(١) "الفتاوى السراجية": كتاب أدب المفتي والتنبيه على الجواب ٤٨١/٢ (هامش "فتاوى قاضي خان").

(٢) صـ٣٤٩ـ "در".

(٣) في هذه الصحيفة "در".

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به من عزل قاضٍ أو وصيٍّ إلخ ١٢/١ باختصار.

(٥) "الحاوي القدسي": فصل إذا اختلفت الروايات ق٢١٣/ب.

والأوَّلُ أَضبَطُ، "نهر"[١]. (ولا يُخيَّرُ إلاّ إذا كان[٢] مجتهداً)، ....

[٢٥٩٨١] (قولُهُ: والأوَّلُ أَضبَطُ) لأنَّ ما في "الحاوي"[٣] خاصٌ فيمَن له اطِّلاعٌ على الكتابِ والسُّنَّةِ، وصار له ملَكَةُ النَّظرِ في الأدلةِ واستنباطِ الأحكامِ مِنها، وذلك هو المجتهدُ المطلَقُ أو المقيَّدُ[٤]، بخلافِ الأوَّلِ، فإنَّه يمكنُ لِمَن هو دونَ ذلك.

[٢٥٩٨٢] (قولُهُ: ولا يُخيَّرُ إلاّ إذا كان مجتهداً) أي: لا يَجُوزُ له مُخالَفةُ التَّرتيبِ المذكورِ إلاّ إذا كان له ملَكَةٌ يَقتدِرُ بها على الاطِّلاعِ على قوَّةِ المُدرَكِ، وبهذا رجَعَ القولُ الأوَّلُ إلى ما في "الحاوي": ((مِن أنَّ العِبرةَ في المفتي المجتهدِ لقوَّةِ المُدرَكِ))، نَعَمْ فيه زيادةُ تفصيلٍ سكَتَ عنه "الحاوي"، فقد اتَّفَقَ القولانِ على أنَّ الأصحَّ هو أنَّ المجتهدَ في المذهبِ مِن المشايخِ الذين هم أصحابُ التَّرجيحِ لا يلزَمُهُ الأَخْذُ بقولِ "الإمامِ" على الإطلاقِ، بل عليه النَّظرُ في الدَّليلِ، وترجيحُ ما رجَحَ عندَه دليلُهُ، ونحن نتَّبِعُ ما رجَّحوهُ واعتمدوه كما لو أفتَوا في حياتِهم كما حقَّقَهُ "الشّارحُ" في أوَّلِ الكتابِ[٥] نقلاً عن العلاّمةِ [٣/ق١٩٧/أ] "قاسمٍ"، ويأتي[٦] قريباً عن "الملتقط"[٧]: ((أنَّه إنْ لم يكنْ مجتهداً فعليه تقليدُهم واتِّباعُ رأيِهم، فإذا قضَى بخلافِهِ لا ينفُذُ حُكمُهُ)). وفي "فتاوى ابنِ الشِّلْبيِّ": ((لا يُعدَلُ عن قولِ "الإمامِ" إلاّ إذا صرَّحَ أحدٌ مِن المشايخِ بأنَّ الفتوى على قولِ غيرِهِ)). ٤/٣٠٢

(قولُهُ: وبهذا رجَعَ القولُ الأوَّلُ إلى ما في "الحاوي": مِن أنَّ العِبرةَ إلخ) فيه تأمُّلٌ، وذلك أنَّ كلامَهُ في خُصوصِ ما إذا كان "الإمامُ" في جانبٍ و"صاحباهُ" في جانبٍ كما ذكَرَهُ عنه، ونقَلَهُ أيضاً "ط"، وكلامُ "المصنِّف" أعمُّ مِن ذلك، وعبارةُ "ط": ((قال في "البحر"، وصحَّحَ في "الحاوي القدسيّ": أنَّ "الإمامَ" إذا كان في جانبٍ وهما في جانبٍ أنَّ الاعتبارَ لقوَّةِ المُدرَكِ)) اهـ.

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٧/ب باختصار.

(٢) في "د" و"و": ((ولا يُخيَّرُ إذا لم يكن مجتهداً))..

(٣) في "ك": (("الحاوي القدسي")).

(٤) انظر مقدمة "طبقات الفقهاء" المنسوبة لطاش كبرى زاده صـ٧ـ وما بعدها، ومقدمة "الدر المختار" ١/٢٥١ وما بعدها.

(٥) ١/٢٤١ وما بعدها "در".

(٦) صـ٢٨٠ـ "در".

(٧) "الملتقط": كتاب أدب القاضي ـ مطلب إذا أشكل الأمر على القاضي إلخ صـ٣٦٧ـ.

بلِ المقلِّدُ متى خالَفَ مُعتمَدَ مذهبِهِ لا ينفُذُ حُكمُهُ ويُنقَضُ، هو[1] المختارُ للفتوى كما بسَطَهُ "المصنِّف" في "فتاويه"[2] وغيرُهُ، وقدَّمناهُ[3] أوَّلَ[4] الكتابِ، وسيجيءُ. وفي "القُهستانيِّ"[5] وغيرِهِ: ((اعلَمْ أنَّ في[6] كلِّ موضعٍ قالوا: الرّأيُ فيه للقاضي

وبهذا سقَطَ ما بحَثَهُ في "البحر"[7]: ((مِن أنَّ علينا الإفتاءَ بقولِ "الإمامِ" وإنْ أفتى المشايخُ بخلافِهِ))، وقد اعترَضَهُ مُحشِّيهِ "الخيرُ الرَّمليُّ" بما معناه: ((أنَّ المفتيَ حقيقةً هو المجتهدُ، وأمّا غيرُهُ فناقلٌ لقولِ المجتهدِ، فكيف يَجِبُ علينا الإفتاءُ بقولِ "الإمامِ" وإنْ أفتى المشايخُ بخلافِهِ ونحن إنَّما نحكي فتواهم لا غيرَ؟)) اهـ. وتمامُ أبحاثِ هذه المسألةِ حرَّرناهُ في منظومتنا في "رسم المفتي" وفي "شرحِها"[8]، وقدَّمنا بعضَهُ في أوَّلِ الكتابِ[9]، واللهُ الهادي إلى الصَّوابِ، فافهمْ.

[٢٥٩٨٣] (قولُهُ: مُعتمَدَ مذهبِهِ) أي: الذي اعتمَدَهُ مشايخُ المذهبِ، سواءٌ وافَقَ قولَ "الإمامِ" أو خالَفَهُ كما قرَّرناه[10] آنفاً.

[٢٥٩٨٤] (قولُهُ: وسيجيءُ) أي: بعدَ أسطُرٍ[11] عن "الملتقط"، وكذا في الفصلِ الآتي[12] عندَ قولِهِ: ((قضَى في مجتهَدٍ فيه)).

[٢٥٩٨٥] (قولُهُ: اعلَمْ أنَّ في كلِّ موضعٍ قالوا: الرّأيُ فيه للقاضي إلخ) **أقولُ**: قد عَدَّ في "الأشباه"[13]

---

(١) في "د": ((وهو)).

(٢) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب القضاء ق٥٦/أ.

(٣) ٢٤٧/١ "در".

(٤) في "و": ((في أول)).

(٥) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢٢٣/٢، نقلاً عن "الواقعات الحسامية".

(٦) ((في)) ليست في "د" و"و".

(٧) "البحر": كتاب القضاء ٢٩٣/٦.

(٨) انظر "عقود رسم المفتي": ٢٦/١ (ضمن مجموع "رسائل ابن عابدين").

(٩) المقولة [٤٦٨] قوله: ((والأصحُّ كما في "السراجيَّة")) وما بعدها.

(١٠) في المقولة السابقة.

(١١) صـ٢٨٠ـ "در".

(١٢) صـ٤٦٤ـ وما بعدها "در".

(١٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ ٢٧٢ ـ.

فالمرادُ قاضٍ له ملَكَةُ الاجتهادِ)) انتهى. وفي "الخلاصة"[(١)]: ((وإنَّما ينفُذُ القضاءُ في المجتهَدِ فيه إذا عَلِمَ أنَّه مجتهَدٌ فيه، وإلاّ فلا)). (وإذا اختَلَفَ مُفتيان) في جوابِ حادثةٍ (أُخِذَ بقولِ أَفقَهِهما بعدَ أنْ يكونَ أَورعَهُما)، "سراجيَّة"[(٢)]، وفي "الملتقط"[(٣)]: ((وإذا أشكَلَ عليه أمرٌ

مِن المسائلِ التي فُوِّضَت لرأيِ القاضي إحدى عشرةَ مسألةً، وزادَ مُحشِّيه "الخيرُ الرَّمليُّ" أربعَ عشرةَ مسألةً أُخرى ذكَرَها "الحمَويُّ" في "حاشيته"[(٤)]، ولحفيدِ "المصنِّف" الشَّيخِ "محمَّدٍ" بنِ الشَّيخِ "صالحِ" ابنِ "المصنِّف" رسالةٌ في ذلك سَمَّاها: "فيضَ المُستفيضِ في مسائلِ التَّفويضِ"[(٥)]، فارجِعْ إليها. ولكنَّ بعضَ هذه المسائلِ لا يظهَرُ توقُّفُ الرّأيِ فيها على الاجتهادِ المصطلَحِ، فليُتأمَّلْ. وانظُر ما نذكُرُه[(٦)] في الفصلِ الآتي عندَ قولِهِ: ((فيَحبِسُهُ بما رأى)).

[٢٥٩٨٦] (قولُهُ: وإنَّما ينفُذُ القضاءُ إلخ) هذا في القاضي المجتهدِ، أمّا المقلِّدُ فعليه العملُ بمعتمَدِ مذهبِهِ عَلِمَ فيه خلافاً أوْ لا. اهـ "ط"[(٧)]. وسيأتي[(٨)] تمامُ الكلامِ على هذه المسألةِ عندَ قولِ "المصنِّف": ((وإذا رُفِعَ إليه حُكمُ قاضٍ آخرَ نفَّذَهُ[(٩)])).

[٢٥٩٨٧] (قولُهُ: وإذا أشكَلَ إلخ) قال في الهنديَّة[(١٠)]: ((وإنْ لم يقَعِ اجتهادُهُ على شيءٍ، وبقِيَتِ الحادثةُ مُختلِفةً ومُشكِلةً كَتَبَ إلى فُقهاءِ غيرِ مِصرِهِ، فالمشاوَرةُ بالكتابِ سُنَّةٌ قديمةٌ في الحوادثِ الشَّرعيَّةِ، فَإنِ اتَّفقَ رأيُهم على شيءٍ ورأيُهُ يُوافِقُهم وهو مِن أهلِ الرّأيِ والاجتهادِ

---

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع ـ جنس آخر في النوازل ق٢٠١/ب.

(٢) "السراجية": كتاب أدب المفتي والتنبيه على الجواب ٤٨١/٢ (هامش "فتاوى قاضي خان").

(٣) "الملتقط": كتاب أدب القاضي ـ مطلب: إذا أشكل الأمر على القاضي إلخ صـ ٣٦٧ ـ.

(٤) "غمز عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ٣٧٢/٢.

(٥) "فيض المستفيض في مسائل التفويض": لحفيد المصنف (ت١٠٣٥هـ). ("خلاصة الأثر" ٤٧٥/٣، "الأعلام" ١٦٣/٦).

(٦) المقولة [٢٦١٩١] قوله: ((قلت: قدَّمنا إلخ)).

(٧) "ط": كتاب القضاء ١٧٧/٣.

(٨) المقولة [٢٦٢٨١] قوله: ((عالماً باختلافِ الفقهاءِ إلخ)).

(٩) في "آ": ((أنفذه)) وعبارة المصنف ثمة: ((نفذه)).

(١٠) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب الثالث في ترتيب الدلائل للعمل بها ٣١٤/٣ باختصار.

ولا رأيَ له فيه شاوَرَ العُلماءَ ونظَرَ أحسَنَ أقاويلِهم وقضَى بما رآهُ صواباً لا بغيرِهِ، إلاّ أنْ يكونَ غيرُهُ أقوى في الفقهِ ووُجوهِ[(١)] الاجتهادِ، فيَجُوزُ تركُ رأيهِ برأيهِ))، ثُمَّ قال[(٢)]: ((وإنْ لم يكنْ مجتهداً فعليه تقليدُهُم واتِّباعُ رأيهم، فإذا قضَى بخلافِهِ لا ينفُذُ حُكمُهُ)).

أَمضَى ذلك برأيهِ، وإنِ اختَلَفُوا نظَرَ إلى أقربِ الأقوالِ عندَه مِن الحَقِّ إنْ كان مِن أهلِ الاجتهادِ، وإلاّ أخَذَ بقولِ مَن هو أَفقهُ وأَورعُ عندَه)) اهـ "ط"[(٣)].

[٢٥٩٨٨] (قولُهُ: وقضَى بما رآهُ صواباً) أي: بما حدَثَ له مِن الرّأيِ والاجتهادِ بعدَ مُشاورتِهم، فلا يُنافي قولَهُ: ((ولا رأيَ له فيه))، تأمَّلْ.

[٢٥٩٨٩] (قولُهُ: إلاّ أنْ يكونَ غيرُهُ) أي: إلاّ أنْ يكونَ الشَّخصُ الذي أفتاهُ أقوى مِنه، فيَجُوزُ له أنْ يَعدِلَ عن رأيِ نفسِهِ إلى رأيِ ذلكَ المفتي، لكنَّ هذا إذا اتَّهَمَ رأيَ نفسِهِ، ففي "الهنديَّة"[(٤)] عن "المحيط"[(٥)]: ((وإنْ شاوَرَ القاضي رجلاً واحداً كَفَى، فإنْ رأى بخلافِ رأيهِ وذلك الرَّجلُ أفضلُ وأفقَهُ عندَه لم تُذكَرْ هذه المسألةُ هنا. وقال[(٦)] في كتابِ الحدودِ: لو قضَى برأيِ ذلك الرَّجلِ أرجو أنْ يكونَ في سَعَةٍ، وإنْ لم يتَّهِمِ القاضي رأيَهُ[(٧)] لا ينبغي أنْ يترُكَ رأيَ نفسِهِ ويقضِيَ برأيِ غيرِهِ)) اهـ. أي: لأنَّ المجتهدَ لا يُقلِّدُ غيرَهُ.

[٢٥٩٩٠] (قولُهُ: واتِّباعُ رأيهم) أي: إنِ اتَّفقوا على شيءٍ، وإلاّ أخَذَ بقولِ الأفقهِ والأَورعِ[(٨)] عندَه كما مرَّ[(٩)].

---

(١) في "د": ((ووجه)).

(٢) "الملتقط": كتاب أدب القاضي ـ مطلب: إذا أشكل الأمر على القاضي إلخ صـ٣٦٧ـ.

(٣) "ط": كتاب القضاء ١٧٧/٣ باختصار.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب الثالث في ترتيب الدلائل للعمل بها ٣١٤/٣ بتصرف.

(٥) "المحيط البرهاني": كتاب القضاء ـ الفصل الثالث في ترتيب الدلائل للعمل بها ٤/ق٦٦/أ بتصرف.

(٦) أي: الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى، كما في "الهندية" و"المحيط".

(٧) عبارة "الهندية": ((وإن لم يهتمّ القاضي برأيه))، وعبارة "المحيط": ((لم يتّهم)).

(٨) في "م": ((والأروع)) بتقديم الراء على الواو، وهو خطأ.

(٩) صـ٢٧٩ـ "در".

(المِصْرُ شرطٌ لنفاذِ القضاءِ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وفي روايةِ "النَّوادر": لا)، فينفُذُ في القُرى، وفي عَقارٍ ....

قال في "الفتح"[١]: ((وعندي أنه لو أخَذَ بقولِ الذي لا يَميلُ إليه قلبُهُ جازَ؛ لأنَّ ذلك المَيلَ وعدَمَهُ سواءٌ، والواجبُ عليه تقليدُ مجتهدٍ وقد فعَلَ، أصابَ ذلك المجتهدُ أو أخطأَ)) اهـ.

قلتُ: وهذا كلُّهُ فيما إذا كان المُفتيانِ مجتهدَينِ واختلَفا في الحُكمِ، ومثلُهُ يُقالُ في المقلِّدَينِ فيما لم يصرِّحوا في الكتبِ بترجيحِهِ واعتمادِهِ، أو اختَلَفُوا في ترجيحِهِ، وإلاّ فالواجبُ الآنَ اتِّباعُ ما اتَّفقوا [٣/ق١٩٧/ب] على ترجيحِهِ، أو كان ظاهرَ الرِّوايةِ، أو قولَ "الإمامِ"، أو نحوَ ذلك مِن مُقتضياتِ التَّرجيحِ التي ذكَرناها في أوَّلِ الكتابِ[٢] وفي منظومتِنا وشرحِها[٣].

[٢٥٩٩١] (قولُهُ: في ظاهرِ الرِّواية) في "البحر"[٤]: ((ولا يُشترَطُ المِصْرُ على ظاهرِ الرِّوايةِ، فالقضاءُ بالسَّوادِ صحيحٌ، وبه يُفتى، كذا في "البزّازيَّة"[٥])) اهـ. وبه عُلِمَ أنَّ كلاً مِن القولينِ معزوٌّ إلى ظاهرِ الرِّوايةِ، وفيه تأمُّلٌ، "رمليّ على المنح".

[٢٥٩٩٢] (قولُهُ: وفي عَقارٍ إلخ) في "البحر"[٦]: ((ولا يُشترَطُ أنْ يكونَ المتداعيانِ مِن بلدِ

(قولُهُ: وبه عُلِمَ أنَّ كلاً مِن القولينِ معزوٌّ إلى ظاهرِ الرِّوايةِ، وفيه تأمُّلٌ) وجهُهُ: أنَّ المذكورَ في "البزّازيَّة" مِن الفصلِ الأوَّلِ: ((أنَّه ينفُذُ القضاءُ في غيرِ المِصْرِ، وبه يُفتى))، بدون أن يعزُوَهُ لظاهرِ الرِّوايةِ، ثمَّ قال فيه: ((المِصْرُ شرطٌ لنفاذِ القضاءِ في ظاهرِ الرِّوايةِ))، وذكَرَ في الفصل الرّابعِ: ((قضَى في الرُّستاقِ نفَذَ في روايةِ "النَّوادر"، وهو المأخوذُ)) اهـ. ولم يذكُرْ أنَّ النَّفاذَ ظاهرُ الرِّوايةِ.

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٠.

(٢) المقولة [٤٦٨] قوله: ((والأصحُّ كما في "السراجيَّة")) وما بعدها.

(٣) هي منظومة "رسم المفتي" و"شرحها"، وتقدم ذكرها ١/٢٢٩.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٠.

(٥) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الأول في التقليد ٥/١٣٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٠.

لا في وِلايتِهِ على الصَّحيحِ، "خلاصة"[١]، (وبه يُفتى)، "بزّازيَّة". (أخذَ القضاءَ برِشوةٍ)

القاضي إذا كانتِ الدَّعوى في المنقولِ والدَّينِ، وأمّا في عَقارٍ لا في ولايتِهِ فالصَّحيحُ الجوازُ كما في "الخلاصة" و"البزّازيَّة"[٢]، وإيّاك أنْ تفهمَ خلافَ ذلك، فإنَّه غلَطٌ)) اهـ.

مطلبٌ في الكلامِ على الرِّشوةِ والهديَّةِ

[٢٥٩٩٣] (قولُهُ: أخذَ القضاءَ برشوةٍ) بتثليثِ الرّاءِ، "قاموس"[٣]. وفي "المصباح"[٤]: ((الرِّشوةُ بالكسرِ ما يُعطيهِ الشَّخصُ الحاكمَ وغيرَهُ ليحكُمَ لـه أو يحمِلَهُ على ما يريدُ، جمعُها: رِشًا مثلُ: سِدْرةٍ وسِدَرٍ، والضَّمُّ لغةٌ، وجمعُها: رُشًا بالضَّمِّ)) اهـ. وفيه[٥]: ((البِرْطيلُ بكسرِ الباءِ: الرِّشوةُ، وفتحُ الباءِ عامِّيٌّ))، وفي "الفتح"[٦]: ((ثمَّ الرِّشوةُ أربعةُ أقسامٍ: مِنها ما هو حرامٌ على الآخِذِ والمُعطي، وهو الرِّشوةُ على تقليدِ القضاءِ والإمارةِ. الثّاني: ارتشاءُ القاضي ليحكُمَ، وهو كذلك ولو القضاءُ بحَقٍّ؛ لأنَّه واجبٌ عليه. الثّالثُ: أخذُ المالِ ليُسوِّيَ أمرَهُ عندَ السُّلطانِ دَفْعاً للضَّررِ أو جَلْباً للنَّفعِ، وهو حرامٌ على الآخِذِ فقط. وحِيلةُ حِلِّها: أنْ يستأجِرَهُ يوماً إلى اللَّيلِ أو يومينِ، فتصيرُ مَنافِعُهُ مَملوكةً، ثمَّ يستعمِلَهُ في الذَّهابِ إلى السُّلطانِ للأمرِ الفُلانيِّ.

(قولُهُ: وأمّا في عَقارٍ لا في وِلايتِهِ فالصَّحيحُ الجوازُ) وإنْ كان الصَّحيحُ الجوازَ لكـنْ لا يَصِحُّ التَّسليمُ، فلذا قال في "الهنديَّة" مِن البابِ العشرينَ مِن القضاءِ: ((بُخاريٌّ ادَّعَى داراً على سَمَرْقَنديٍّ عندَ قاضي بُخارى أنَّ الدّارَ التي في يديهِ بسَمَرْقَندَ في مَحلَّةِ كذا مِلكي، وأقامَ البيِّنةَ على دعواهُ، فالقاضي يقضي بالدّارِ إلاّ أنَّ التَّسليمَ لا يَصِحُّ؛ لأنَّ الدّارَ ليست في وِلايتِهِ، فيكتُبُ إلى قاضي سَمَرْقَندَ لأجْلِ التَّسليمِ، كذا في "المحيط")).

(قولُهُ: فالصَّحيحُ الجوازُ إلخ) لكنْ بشرطِ أنْ يكونَ في ولايةِ مَن قلَّدَهُ كما يأتي نَقْلُهُ عن "البزّازيَّة".

---

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الأول في التقليد ـ الجنس الثالث في التقليد ق١٩٤/ب بتصرف، وليس فيها قوله: ((على الصحيح)).

(٢) "البزازية": كتاب أدب القضاء ـ الفصل الأول في التقليد ١٣٨/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "القاموس": مادة ((رشو)).

(٤) "المصباح": مادة ((رشو))

(٥) "المصباح": مادة ((برطل)).

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦ ـ ٣٥٩.

....

وفي الأقضيةِ قسَمَ الهديَّة وجعَلَ هذا مِن أقسامِها، فقال: حلالٌ مِن الجانبين كالإهداءِ للتَّودُّدِ، وحرامٌ مِنهما كالإهداءِ ليُعينَهُ على الظُّلمِ، وحرامٌ على الآخِذِ فقط، وهو أنْ يُهدِيَ ليَكُفَّ عنه الظُّلمَ. والحِيلةُ: أنْ يستأجِرَهُ إلخ، قال ـ أي: في الأقضيةِ ـ: هذا إذا كان فيه شرطٌ، ٣٠٣/٤ أمّا إذا كان بلا شرطٍ لكنْ يَعلَمُ يقيناً أنَّه إنَّما يُهدي ليُعينَهُ عندَ السُّلطانِ فمَشايخُنا على أنَّه لا بأسَ به، ولو قضَى حاجتَهُ بلا شرطٍ ولا طمعٍ فأهدَى إليه بعدَ ذلك فهو حلالٌ لا بأسَ به، وما نُقِلَ عن "ابنِ مسعودٍ"[1] مِن كراهتِهِ فورَعٌ.

---

(١) روى شُعبةُ وسفيانُ بن عُيينةَ عن عمّارٍ الدُّهنيِّ عن سالم بن أبي الجَعْد عن مَسروقٍ قال: سألتُ عبدَ الله عن السُّحْت، فقال: ((الرَّجلُ يطلُبُ الحاجةَ للرَّجُلِ فيقضيَها فيهدي إليه فيقبَلُها)).

أخرجه سعيدُ بن منصورٍ في "السنن" (٧٤١)، وابنُ أبي شَيبةَ في "المصنف" ٥/١٠١، وابنُ جريرٍ الطَّبريُّ في "التفسير" (١١٩٥٥) [المائدة/٤٢]، ومحمَّدُ بن خلَفٍ "وكيعٌ" في "أخبار القضاة" ١/٤٠ و٥١، والبيهقيُّ في "الكبرى" ١٠/١٣٩، و"الشعب" (٥٥٠٤).

ولفظُ سعيدٍ عن سفيانَ: ((سألتُ ابنَ مسعودٍ عن السُّحْت، أهو الرِّشوةُ في الحُكم؟ قال: لا، ومَن لم يَحكُمْ بما أنزَلَ الله فأولئك همُ الكافرون، والظّالمون، والفاسقون، ولكنَّ السُّحْتَ أنْ يَستعينَكَ رَجلٌ على مَظلمةٍ فيُهدِيَ لك فتقبَلَه، فذلك السُّحْتُ)).

ورواه شُعبةُ ومَعمرٌ والثَّوريُّ وجريرٌ عن منصورٍ عن سالمِ بن أبي الجَعْد عن مَسروقٍ قال: ((جاء رجلٌ مِن أهل ديارنا، فاستعانَ مَسروقاً على مَظلَمةٍ له عندَ ابنِ زيادٍ فأعانَه، فأتاه بجاريةٍ له بعد ذلك، فرَدَّها عليه، وقال: إنِّي سَمِعتُ عبدَ الله يقولُ: هذا سُحْتٌ)).

أخرجه عبدُ الرَّزّاق (١٤٦٦٦)، وابنُ جريرٍ (١١٩٥٢) و(١١٩٥٤) و(١١٩٥٦) و(١١٩٧٤)، ووكيعٌ في "أخبار القضاة" ١/٥٢، والبيهقيُّ في "الكبرى" ١٠/١٣٩، وابنُ بطَّةَ في "الإبانة" (١٠١٣). وعزاه في "الدُّرِّ المنثور" إلى أبي الشَّيخ وابنِ المنذر.

ورواه بِشرُ بنُ المفضَّل عن شُعبةَ عن منصورٍ وسليمانَ الأعمشِ عن سالمِ بن أبي الجَعْد عن مَسروقٍ به. أخرجه ابنُ جريرٍ الطَّبريُّ في "تفسيره" (١١٩٥٦).

ورواه عثمانُ بن عمرَ ومَكيُّ بنُ إبراهيمَ عن فِطرِ بن خَليفة عن منصورٍ عن سالمٍ عن مَسروقٍ قال: ((كنتُ جالساً عند عبدِ الله فقال له رجلٌ: ما السُّحْتُ، الرِّشا في الحُكمِ؟ قال: ذاك الكفرُ. ثمَّ قرأ ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾.

أخرجه مسدَّدٌ في "مسنده"، والحاكمُ كما في "المطالب العالية" (٢٢٠٥)، وأبو يَعْلى (٥٢٤٤)، والبيهقيُّ ١٠/١٣٩.

ورواه يحيى بنُ آدمَ عن فِطرِ بن خَليفة عن سالمٍ عن مسروقٍ نحوَه. لم يذكُر منصوراً. =

= أخرجه وكيعٌ في "أخبار القضاة" ٥٢/١.

ورواه الأعمشُ عن سَلَمةَ بن كُهيلٍ عن سالمٍ قال: قيل لعبدِ الله: ما السُّحْتُ؟ قال: الرِّشوةُ. قالوا: في الحُكمِ؟ قال: ذاك الكفرُ! أخرجه ابنُ جرير (١١٩٥١).

ورواه عبدُ الملك بنُ أبي سليمانَ عن سَلَمةَ عن مَسروقٍ وعلقمةَ أنَّهما سألا ابنَ مسعودٍ عن الرِّشوة فقال: هي السُّحْتُ. قالا: في الحُكمِ؟ قال: ذاكَ الكفرُ. ثمَّ تلا هذه الآية: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾. أخرجه ابنُ جرير (١١٩٦٥).

ورواه إسرائيلُ عن حَكيم بن جُبيرٍ عن سالمٍ عن مَسروقٍ قال: سألتُ ابنَ مسعودٍ عن السُّحْتِ؟ قال: الرِّشا. فقلتُ: في الحُكمِ؟ فقال: ذاك الكفرُ. أخرجه ابنُ جرير (١١٩٦٣)، والطَّبرانيُّ (٩١٠١).

وروى زيدُ بنُ أبي أُنَيسةَ عن بُكيرِ بن مرزوقٍ عن عُبيد بن أبي الجَعْد عن مسروقٍ عن عبدِ الله بنِ مسعودٍ قال: ((مَن شَفِعَ لرجلٍ ليدفَعَ عنه مَظلمةً، أو يَرُدَّ عليه حَقّاً، فأهدى إليه هديَّةً فقَبِلَها، فذلك السُّحْتُ))، فقلنا: يا أبا عبد الرَّحمن! إنّا كنّا نَعُدُّ السُّحْتَ الرِّشوةَ في الحُكم.

فقال عبد الله: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾.

أخرجه ابنُ أبي حاتمٍ في "التفسير" (٦٣٨٢) [المائدة/٤٢].

ورواه عمّارٌ وبُكيرُ بن أبي بُكيرٍ والسُّدِّيُّ، وألفاظُهم مُتفاوتةٌ عن أبي الضُّحى مسلمِ بنِ صُبيحٍ عن مَسروقٍ بنحوِ رواية الثَّوريِّ ومَعمرٍ عن منصورٍ عن سالمٍ.

أخرجه ابنُ جريرٍ الطَّبريُّ (١١٩٦٦) و(١١٩٦٨)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٩٠٩٨).

وروايةُ عُبيدةَ عن عمّارٍ عن مسلمِ بنِ صُبيحٍ عن مَسروقٍ قال: سألتُ ابنَ مسعودٍ عن السُّحْت، أهو الرِّشا في الحُكمِ؟ فقال: ((لا، مَن لم يَحكُم بما أنزَلَ الله فهو كافرٌ، ومَن لم يَحكُم بما أنزَلَ الله فهو ظالمٌ، ومَن لم يَحكُم بما أنزَلَ الله فهو فاسقٌ، ولكنَّ السُّحْتَ يستعينكَ الرَّجلُ على المَظلَمةِ فتعينُه عليها، فيُهدي لك الهديَّةَ فتقبَلُها)).

وروى خَلفُ بن خليفة عن منصورِ بن زاذانَ عن الحَكَم عن أبي وائلٍ عن مَسروقٍ قال: ((القاضي إذا أكَلَ الهديَّة فقد أكَلَ السُّحْتَ، وإذا قَبِلَ الرِّشوةَ بلَغَتْ به الكفرَ)).

أخرجه النَّسائيُّ في "المجتبى" ٣١٥/٨، و"الكبرى" (٥١٧٥) في الأشربة ذِكْرُ الرِّواية المُبيِّنة عن صلوات شاربِ الخمر، وابنُ أبي حاتمٍ في "التفسير" (٦٣٨٢) [المائدة/٤٢]، ووكيعٌ في "أخبار القضاة" ٥٣/١.

ورواه وكيعٌ عن حُريثِ بن إبراهيمَ عن الشَّعبيِّ عن مَسروقٍ قال: قُلنا لعبد الله: ما كُنّا نَرى السُّحْتَ إلاّ الرِّشوةَ في الحُكمِ، قال عبدُ الله: ذاك الكفرُ.

أخرجه ابنُ جريرٍ (١١٩٥٢)، ووكيعٌ في "أخبار القضاة" ٥١/١.

ورواه حَمّادُ بن يحيى عن أبي إسحاقَ عن أبي الأحْوص عن عبد الله بن مسعودٍ قال: الرِّشوةُ في الحُكمِ كفرٌ، وهي بين النّاس سُحْتٌ.

أخرجه سعيدُ بن منصورٍ في "السنن" (٧٤٠)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٩١٠٠)، ووكيعٌ في "أخبار القضاة" ٥٢/١. =

للسُّلطانِ، أو لقومِهِ وهو عالمٌ بها، ....

الرّابعُ: ما يُدفَعُ لدَفْعِ الخَوفِ مِن المدفوعِ إليه على نفسِهِ أو مالِهِ حلالٌ للدّافعِ حرامٌ على الآخِذِ؛ لأنَّ دَفْعَ الضَّررِ عن المسلمِ واجبٌ، ولا يَجُوزُ أَخْذُ المالِ ليفعلَ الواجبَ)) اهـ ما في "الفتح" مُلخَّصاً. وفي "القنية"[١]: ((الرِّشوةُ يَجِبُ رَدُّها، ولا تُملَكُ))، وفيها[١]: ((دفَعَ للقاضي أو لغيرِهِ سُحْتاً لإصلاحِ المُهِمِّ، فأصلَحَ ثمَّ نَدِمَ يرُدُّ ما دفَعَ إليه)) اهـ. وتمامُ الكلامِ عليها في "البحر"[٢]، ويأتي[٣] الكلامُ على الهديَّةِ للقاضي، والمفتي، والعُمّالِ.

[٢٥٩٩٤] (قولُهُ: للسُّلطانِ) صفةٌ لـ((رِشوةٍ))، أي: دفَعَها القاضي له، وكذا لو دفَعَها غيرُهُ كما في "البحر"[٤] عن "البزّازيَّة"[٥].

= وروى عُبيدُ الله بن موسى عن أبي إسرائيل عن السُّدي عن عبد خير قال: سئل ابنُ مسعودٍ عن السُّحْتِ، قال: الرِّشا، قلنا: في الحُكمِ؟ قال: ذاك الكفرُ. أخرجه وكيعٌ في "أخبار القضاة" ١/٥٣.

ورواه عبدُ الرَّزّاق وسفيانُ الثَّوريُّ عن عاصمٍ عن زرِّ بنِ حُبيشٍ قال: قال ابنُ مسعودٍ: السُّحْتُ الرِّشوةُ في الدِّين، قال سفيانُ: يعني في الحُكم.

أخرجه عبدُ الرَّزّاق (١٤٦٦٤)، وابنُ جريرٍ (١١٩٥٠) و(١١٩٥٧)، وابنُ أبي حاتمٍ في "التفسير" (٦٣٨١)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٩٠٩٩)، ووكيعٌ في "أخبار القضاة" ١/٥٠ و٥١؛ والفِرْيابيّ، وعبدُ بن حُميد، وابنُ المنذر، وأبو الشَّيخ كما في "الدُّرِّ المنثور" [المائدة/٤٢].

وروى أبو زيادٍ الفُقَيميّ عن أبي حَرِيْز عن الشَّعبيِّ: ((أنَّ رجلاً كان يُهدي إلى عمرَ بنِ الخطّاب كلَّ عامٍ رِجلَ جَزورٍ، خاصَمَ إليه يوماً، فقال: يا أميرَ المؤمنين! اقضِ بيننا قضاءً فَصْلاً كما يُفصَلُ الرِّجْلُ مِن سائرِ الجَزور، فقضى عمرُ عليه، وكتب إلى عُمّاله: ألا إنَّ الهدايا هي الرِّشا، فلا تقبَلُنَّ من أحدٍ هديَّةً)). أخرجه وكيعٌ في "أخبار القضاة" ١/٥٥ ـ ٥٦، والبيهقيُّ في "الكبرى" ١٠/١٣٨.

(١) "القنية": كتاب الهبة ـ باب في الإباحة والنثار والرشوة والهدايا ق٩٦/أ بتصرف، نقلاً عن القاضي عبد الجبار، والسمرقندي بمجموعاته، و"السير الكبير"، وعلاء الدين الزاهديّ.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٣) المقولة [٢٦٠٦٥] قوله: ((وَيرُدُّ هديَّةً)) وما بعدها.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٥.

(٥) "البزازية": كتاب أدب القضاء ـ الفصل الأول في التقليد ٥/١٣٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

أو شفاعةٍ[١]، "جامع الفصولين"[٢] و"فتاوى ابن نجيم"[٣]، (أوِ ارتَشَى) هو أو أعوانُهُ بعِلمِهِ، "شُرنبُلاليَّة"[٤] (وحكَمَ لا ينفُذُ حُكمُهُ). ....

[٢٥٩٩٥] (قولُهُ: أوِ ارتَشَى) المناسبُ إسقاطُهُ؛ لأنَّه يُغني عنه قولُهُ: ((ولو كان عَدْلاً))، مع ما فيه مِن الإيهامِ كما تعرِفُهُ.

[٢٥٩٩٦] (قولُهُ: لا ينفُذُ حُكمُهُ) فيه إيهامُ التَّسويةِ بينَ المسألتين، مع أنَّه إذا أخَذَ القضاءَ بالرِّشوةِ لا يصيرُ قاضياً كما في "الكنز"[٥]. قال في "البحر"[٦]: ((وهو الصَّحيحُ، ولو قضَى لم ينفُذْ، وبه يُفتى)) اهـ، ومثلُهُ في "الدُّرر"[٧] عن "العماديَّة". وأمَّا إذا ارتَشَى ـ أي: بعدَ صحَّةِ توليتِهِ، سواءٌ ارتَشَى ثمَّ قضَى، أو قضَى ثمَّ ارتَشَى كما في "الفتح"[٨] ـ فحكى في "العماديَّة" فيه ثلاثةَ أقوالٍ: ((قيل: إنَّ قضاءَهُ نافذٌ فيما ارتَشَى فيه وفي غيرِهِ، وقيل: لا ينفُذُ فيه، وينفُذُ فيما سِواهُ، واختارَهُ "السَّرَخسيُّ"[٩]، وقيل: لا ينفُذُ فيهما، والأوَّلُ اختارَهُ "البَزدويُّ"، واستحسَنَهُ في "الفتح"[١٠]؛ لأنَّ حاصلَ أمرِ الرِّشوةِ فيما إذا قضَى بحَقٍّ إيجابُ فِسقِهِ وقد فُرِضَ أنَّه لا يُوجِبُ العَزْلَ،

(قولُهُ: المناسبُ إسقاطُهُ؛ لأنَّه يُغني عنه قولُهُ: ولو كان عَدْلاً إلخ) ما يأتي في استحقاقِ العَزْلِ، وهو لا يُفيدُ عَدَمَ النَّفاذِ، فلا بدَّ مِن ذِكرِ ما هنا، تأمَّلْ.

---

(١) في "ب" و"و" و"ط": ((أو بشفاعةٍ))، وما أثبتناه من "د" موافق لما أحال إليه ابن عابدين رحمه الله في المقولة [٢٥٩٩٨].

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتّصل به إلخ ١/١٣.

(٣) "فتاوى ابن نجيم": كتاب القضاء صـ ١٤٠ ـ (هامش "الفتاوى الغياثية").

(٤) "الشرنبلالية": كتاب القضاء ٢/٤٠٥ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ٢/٨٣.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٤.

(٧) "الدررو الغرر": كتاب القضاء ٢/٤٠٤.

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٥٨ ـ ٣٥٩.

(٩) لم نعثر عليه في كتب السرخسي التي بين أيدينا.

(١٠) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٥٨.

....

فولايتُهُ قائمةٌ وقضاؤهُ بحَقٍّ، فلِمَ لا ينفُذُ؟ وخُصوصُ هذا الفِسقِ غيرُ مؤثِّرٍ. وغايةُ ما وُجِّهَ أنَّه إذا ارتَشَى عاملٌ لنفسِهِ معنًى، والقضاءُ عملٌ للهِ تعالى)) اهـ.

قال في "النَّهر"[١] تَبَعاً لـ "البحر"[٢]: ((وأنت خبيرٌ بأنَّ كونَ خُصوصِ هذا الفِسقِ غيرَ مؤثِّرٍ ممنوعٌ، [٣/ق١٩٨/أ] بل يؤثِّرُ بملاحظةِ كونِهِ عملاً لنفسِهِ، وبهذا يترجَّحُ[٣] ما اختارَهُ "السَّرَخسيُّ". وفي "الخانيَّة"[٤]: أجمَعُوا أنَّه إذا ارتَشَى لا ينفُذُ قضاؤهُ فيما ارتَشَى فيه)) اهـ.

قلتُ: حكايةُ الإجماعِ منقوضةٌ بما اختارَهُ "البَزدويُّ" واستحسَنَهُ في "الفتح"[٥]، وينبغي اعتمادُهُ للضَّرورةِ في هذا الزَّمانِ، وإلاَّ بطَلَت جميعُ القضايا الواقعةِ الآنَ؛ لأنَّه لا تخلُو قضيَّةٌ عن أَخذِ القاضي الرِّشوةَ المُسمّاةَ بالمحصولِ قبلَ الحُكمِ أو بعدَهُ، فيلزَمُ تعطيلُ الأحكامِ. وقد مرَّ[٦] عن صاحبِ "النَّهر" في ترجيحِ أنَّ الفاسقَ أهلٌ للقضاءِ أنَّه لو اعتُبِرَ العَدالةُ لانسَدَّ بابُ القضاءِ، فكذا يُقالُ هنا، وانظُرْ ما سنذكرُهُ في أوَّلِ بابِ التَّحكيمِ[٧]. وفي "الحامديَّة"[٨] عن "جواهر الفتاوى": ((قال شيخُنا وإمامُنا "جمالُ الدِّين اليَزْدِيُّ"[٩]: أنا مُتحيِّرٌ في هذه المسألةِ، لا أَقدِرُ أنْ

(قولُهُ: وغايةُ ما وُجِّهَ أنَّه إذا ارتَشَى إلخ) كأنَّه فَهِمَ مِن توجيههم أنَّه إذا ارتَشَى لم يقصِدْ وجهَ اللهِ تعالى بهذه العبادةِ، بل قصَدَ نَفْعَ نفسِهِ، وهذا لا يقتضي بُطلانَ ذلك العملِ، بل ثوابِهِ، مع أنَّ هذا ليس مُرادَهم، بلِ المرادُ أنْ يكونَ حاكماً لنفسِهِ، والقضاءُ لنفسِهِ باطلٌ.

---

(١) "النهر": كتاب أدب القاضي ق٤٢٧/أ.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٥/٦.

(٣) في "ك": ((ترجح)).

(٤) "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ٣٦٢/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦.

(٦) المقولة [٢٥٩٣٩] قوله: ((والفاسقُ أهلُها)).

(٧) المقولة [٢٦٤٨٢] قوله: ((حاكماً)).

(٨) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب القضاء ٣٠٣/١.

(٩) في النسخ جميعها تبعاً لـ"الحامدية": ((البزدوي)) وهو تحريف، ففي ترجمة صاحب "جواهر الفتاوى" أنه ينقل عن فتاوى جمال الدين اليزديّ، واليزديّ هو أبو سعيد المطهَّرُ بن الحسن ـ وقيل الحسين ـ قاضي القضاة (ت٥٩١هـ)، له شرح على "الجامع الصغير"، و"مختصر القدوري"، وله "الفتاوى". انظر "الجواهر المضية" ٤٨٥/٣، و"الفوائد البهية" صـ٢١٥ـ.

ومِنه: ما لو جعَلَ لُموليِّهِ مَبلغاً في كلِّ شهرٍ يأخُذُه مِنه ويُفوِّضُ إليه قضاءَ ناحيةٍ، "فتاوى المصنِّف"(١)، لكنْ في "الفتح"(٢): ((مَن قُلِّدَ بواسطةِ الشُّفعاءِ كمَن قُلِّدَ احتساباً))، ومثلُهُ في "البزّازيَّة"(٣) بزيادةِ: ((وإنْ لم يَحِلَّ الطَّلبُ بالشُّفَعاءِ)). (ولو كان (عَدْلاً ففسَقَ بأَخْذِها) أو بغيرِهِ(٤)، ....

أقولَ: تنفُذُ أحكامُهم؛ لِما أَرى مِن التَّخليطِ والجَهلِ والجُراءة فيهم، ولا أَقدِرُ أنْ أقولَ: لا تنفُذُ؛ لأنَّ أهلَ زمانِنا كذلك، فلو أَفتيتُ بالبُطلان أدَّى إلى إبطالِ الأحكامِ جميعاً. يحكُمُ اللهُ تعالى بيننا وبينَ قُضاةِ زمانِنا، أَفسَدُوا علينا دِيْنَنا وشريعةَ نبيِّنا ﷺ، لم يَبقَ مِنهم إلاّ الاسمُ والرَّسمُ)) اهـ. هذا في قُضاةِ ذلك الزَّمانِ، فما بالُكَ في قُضاةِ زمانِنا، فإنَّهم زادوا على مَن قبلَهم باعتقادِهم حِلَّ ما يأخُذونَهُ مِن المحصولِ بزعمِهمُ الفاسدِ أنَّ السُّلطانَ يأذَنُ لهم بذلك، وسَمِعتُ مِن بعضِهم أنَّ المولَى "أبا السُّعودِ" أفتى بذلك، وأظُنُّ أنَّ ذلك افتراءٌ عليه، وانظُرْ ما سنذكرُهُ(٥) قبيلَ كتابِ الشَّهاداتِ، ولا حولَ ولا قوَّةَ إلاّ باللهِ العليِّ العظيمِ.

[٢٥٩٩٧] (قولُهُ: ومِنه إلخ) أي: مِن قسمِ أَخْذِ القضاءِ بالرِّشوةِ، وهذا يُسمَّى الآنَ مُقاطعةً والتزاماً، بأنْ يكونَ على رجلٍ قضاءُ ناحيةٍ، فيَدفَعَ له آخَرُ شيئاً معلوماً ليقضِيَ فيها ويَستقِلَّ بجميعِ ما يُحصِّلُهُ مِن المحصولِ لنفسِهِ، وذكَرَ في "الخيريَّة"(٦) في شأنِهم نظماً يُصرِّحُ بكُفرِهم.

[٢٥٩٩٨] (قولُهُ: لكنْ في "الفتح" إلخ) استدراكٌ على قولِهِ(٧): ((أو شفاعةٍ)).

[٢٥٩٩٩] (قولُهُ: أو بغيرِهِ) كزِنًا أو شُرْبِ خمرٍ.

---

(١) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب القضاء ق٥٩/ب.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٩/٦.

(٣) "البزازية": كتاب أدب القضاء ـ الفصل الأول في التقليد ١٣٦/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) في "و": ((بغيرها)).

(٥) المقولة [٢٦٧٦٢] قوله: ((في "الأشباه"))، والمقولة [٢٦٧٦٣] قوله: ((والأوقاف)).

(٦) "الفتاوى الخيرية": كتاب أدب القاضي ٧/٢ ـ ٨.

(٧) صـ٢٨٦ ـ "در".

وخَصَّها لأنَّها المُعْظَمُ (استَحَقَّ العَزْلَ) وُجوباً، وقيل: يَنعزِلُ، وعليه الفتوى، "ابن الكمال" و"ابن مَلَكٍ"[١]. وفي "الخلاصة"[٢] عن "النَّوادر": ((لو فسَقَ، أو ارتَدَّ، أو عَمِيَ، ثمَّ صلَحَ، أو أبصَرَ فهو على قضائِهِ،.................................

[٢٦٠٠٠] (قولُهُ: لأنَّها المُعْظَمُ) أي: مُعْظَمُ ما يفسُقُ به القاضي، "نهر"[٣].

[٢٦٠٠١] (قولُهُ: استَحَقَّ العَزْلَ[٤]) هذا ظاهرُ المذهبِ، وعليه مَشايخُنا البُخاريُّون والسَّمَرْقَنديُّون. ومعناهُ: أنَّه يَجبُ على السُّلطانِ عَزْلُهُ، ذكَرَهُ في "الفصول"، وقيل: إذا وُلِّيَ عَدْلاً ثمَّ فسَقَ انعزَلَ؛ لأنَّ عدالتَهُ مشروطةٌ معنًى؛ لأنَّ مُوَلِّيَهُ اعتمَدَها فيزولُ بزوالِها. وفيه: أنَّه لا يلزَمُ مِن اعتبارِ وِلايتِهِ لصلاحيَّتِهِ تقييدُها به على وجهٍ تزولُ بزوالِهِ، "فتح"[٥] مُلخَّصاً.

[٢٦٠٠٢] (قولُهُ: وقيل: يَنعزِلُ، وعليه الفتوى) قال في "البحر"[٦] بعدَ نَقْلِهِ: ((وهو غريبٌ، والمذهبُ خلافُهُ)).

[٢٦٠٠٣] (قولُهُ: ثمَّ صلَحَ) أي: بالطَّاعةِ أو الإسلامِ، "ط"[٧].

[٢٦٠٠٤] (قولُهُ: فهو على قضائِهِ) مُخالِفٌ لِما في "البحر"[٨] عن "البزَّازيَّة"[٩]: ((أربعُ خِصالٍ إذا حَلَّت بالقاضي انعزَلَ: فواتُ السَّمعِ، أو البصرِ، أو العقلِ، أو الدِّينِ)) اهـ، لكنْ قال بعدَهُ[١٠]: ((وفي "الواقعات الحساميَّة": الفتوى على أنَّه لا يَنعزِلُ بالرِّدَّةِ، فإنَّ الكُفرَ لا يُنافي ابتداءَ

---

(١) في "د" و"و": ((الملك)).

(٢) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الأول في التقليد ـ الجنس الثاني في المقلَّد ق١٩٤/أ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٧/أ.

(٤) في "م": ((الغزل)) بالغين المعجمة، وهو خطأ.

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٤/٦.

(٧) "ط": كتاب القضاء ١٧٨/٣.

(٨) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٢/٦.

(٩) "البزازية": كتاب أدب القضاء ـ الفصل الأول في التقليد ١٣٨/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء ٢٨٢/٦.

وما قضَى في فِسقِهِ ونحوِهِ باطلٌ))، واعتمَدَهُ في "البحر". وفي "الفتح"[(١)]: ((اتَّفقوا في الإمارةِ والسَّلطَنةِ على عَدَمِ الانعزالِ بالفِسقِ؛ لأنَّها مبنيَّةٌ على القهرِ والغَلَبةِ)). لكنْ في أوَّلِ دعوى "الخانيَّة": ((الوالي كالقاضي))، فليُحفَظْ. ....

القضاءِ في إحدى الرِّوايتين))، ثمَّ قال[(٢)]: ((وبه عَلِمتَ أنَّ ما مرَّ[(٣)] على خلافِ المفتى به. وفي "الولوالجيَّة"[(٤)]: إذا ارتدَّ، أو فسَقَ ثمَّ صلَحَ فهو على حالِهِ؛ لأنَّ الارتدادَ فِسقٌ، وبنفسِ الفِسقِ لا يَنعزِلُ إلاّ أنَّ ما قضَى في حالِ الرِّدَّةِ باطلٌ)) اهـ.

٤/٣٠٤ **قلتُ**: وظاهرُ ما في "الولوالجيَّة" أنَّ ما قضاهُ في حالِ الفِسقِ نافذٌ، وهو الموافقُ لِما مرَّ[(٥)]، إلاّ أنْ يُرادَ بالفِسقِ في عبارةِ "الخلاصة" الفِسقُ بالرِّشوةِ، تأمَّلْ.

[٢٦٠٠٥] (قولُهُ: واعتمَدَهُ في "البحر") فيه: أنَّ الذي اعتمَدَهُ في "البحر"[(٦)] هو قولُهُ: ((فصارَ الحاصلُ: أنَّه إذا فسَقَ لا يَنعزِلُ، وتنفُذُ قضاياهُ إلاّ في مسألةٍ، هي: ما إذا فسَقَ بالرِّشوةِ، فإنَّه لا ينفُذُ في الحادثةِ التي أخَذَ بسببِها))، قال[(٧)]: ((وذكَرَ "الطَّرَسوسيُّ"[(٨)]: أنَّ مَن قال باستحقاقِهِ العَزْلَ[(٩)] قال بصحَّةِ أحكامِهِ، ومَن قال بعَزْلِهِ قال ببُطلانِها)) اهـ.

مطلبٌ: السُّلطانُ يصيرُ سُلطاناً بأمرَين

[٢٦٠٠٦] (قولُهُ: لكنْ في أوَّلِ [٣/ق١٩٨/ب] دعوى "الخانيَّة" إلخ) حيثُ قال[(١٠)] ـ كما في "البحر"[(١١)] ـ: ((والوالي إذا فسَقَ فهو بمنزلةِ القاضي يستَحِقُّ العَزْلَ ولا يَنعزِلُ)) اهـ.

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٥٨.

(٢) أي: صاحبُ "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٢ ـ ٢٨٣ بتصرف.

(٣) أي: مِن نَقْلِهِ عن "البزازية"، كما أوضحه ابن عابدين رحمه الله في "منحة الخالق": كتاب القضاء ٦/٢٨٢.

(٤) "الولوالجية": كتاب القضاء ـ الفصل الأول فيما ينفذ قضاء القاضي وفيما لا ينفذ ٤/٣٤ باختصار.

(٥) صـ٢٨٩ـ "در".

(٦) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٤.

(٧) أي: صاحب "البحر".

(٨) "أنفع الوسائل": الاجتهاد شرط الأولوية صـ٣١٠ـ.

(٩) في "آ": ((بالاستحقاق للعزل)).

(١٠) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ٢/٣٦٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١١) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٤.

(وينبغي أنْ يكونَ.....................................

وأنت خبيرٌ بأنَّ هذا لا يُخالِفُ ما في "الفتح"، فافهمْ. نَعَمْ نقَلَ في "البحر"[١] عن "الخانيَّة"[٢] أيضاً مِن الرِّدَّةِ: ((أنَّ السُّلطانَ يصيرُ سُلطاناً بأمرَينِ: بالمبايعةِ معه مِن الأشرافِ والأعيانِ، وبأنْ ينفُذَ حُكمُهُ على رعيَّتِهِ خوفاً مِن قَهْرِهِ، فإنْ بُويعَ ولم ينفُذْ فيهم حُكمُهُ لعجزِهِ عن قهرِهم لا يصيرُ سُلطاناً، فإذا صار سُلطاناً بالمبايعةِ فجارَ: إنْ كان له قَهْرٌ وغَلَبةٌ لا يَنعزِلُ؛ لأنَّه لو انعزَلَ يصيرُ سُلطاناً بالقَهرِ والغَلَبةِ فلا يُفيدُ، وإنْ لم يكنْ له قَهْرٌ وغَلَبةٌ يَنعزِلُ)) اهـ. فكان المناسبُ الاستدراكَ بهذه العبارةِ الثّانيةِ؛ ليُفيدَ حملَ ما في "الفتح" على ما إذا كان له قَهْرٌ وغَلَبةٌ.

[٢٦٠٠٧] (قولُهُ: وينبغي أنْ يكونَ إلخ) ويكونَ شديداً مِن غيرِ عُنفٍ، ليِّناً مِن غيرِ ضَعفٍ؛ لأنَّ القضاءَ مِن أهمِّ أمورِ المسلمينَ، فكلُّ مَن كان أعرفَ، وأقدرَ، وأوجهَ، وأهيبَ، وأصبرَ على ما يُصيبُهُ مِن النّاسِ كان أَولى، وينبغي للسُّلطانِ أنْ يتفحَّصَ في ذلك ويُولِّيَ مَن هو أَولى؛ لقولِهِ عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ: ((مَن قلَّدَ إنساناً عملاً وفي رعيَّتِهِ مَن هو أَولى فقد خانَ اللهَ ورسولَهُ وجماعةَ المسلمينَ))[٣]،

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٤ باختصار.

(٢) "الخانية": كتاب السِّيَر ـ باب الرِّدة وأحكام أهلها ـ فصل فيما يبطله الارتداد ٣/٥٨٤ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) روى عفّانُ ويزيدُ بن عبد العزيز الواسطيُّ ووَهْبُ بن بَقيَّة ومُسدَّدٌ، كلُّهم عن خالد بن عبد الله عن حسين بن قيسٍ الرَّحْبيِّ عن عِكرمةَ عن ابن عبّاسٍ عن النَّبيِّ ﷺ: ((مَن استعمَلَ رجُلاً على عِصابةٍ، وفي تلك العِصابةِ مَن هو أرْضى للهِ مِنه، فقد خانَ اللهَ ورسولَهُ، وخانَ جماعةَ المسلمين)).

أخرجه ابنُ أبي عاصمٍ في "السُّنّة" (١٤٦٢)، والعُقيليُّ في "الضُّعفاء" ١/٢٤٨، وابنُ عَديٍّ في "الكامل" ٢/٣٥٢، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (١١٥٣٤)، والحاكمُ في "المستدرك" ٤/٩٢ ـ ٩٣، وقال: صحيحُ الإسناد. وتعقَّبَه الذَّهبيُّ بأنَّ حُسَيناً ضعيفٌ. وقال العُقيليُّ: وهذا يُروى من كلامِ عمرَ.

وزادَ عَبدانُ وابنُ أبي عاصمٍ ومعاذُ بنُ المثنّى عن وَهْبٍ: ((مَن مشى إلى سُلطانِ اللهِ في الأرضِ ليُذِلَّه، أذَلَّ اللهُ رَقَبَتَه قبلَ يومِ القيامة مع ما ذُخِرَ له مِن العذاب، وسُلطانُ الله: كتابُ الله، وسُنَّةُ نبيِّه ﷺ)).

وحسين بنُ قيسٍ الرَّحْبيُّ، ويلقَّبُه التيميُّ بحَنَش: واهٍ متَّفَقٌ على ضَعْفه، قال أحمدُ: متروكُ الحديث، ضعيفُ الحديث، لا أروي عنه شيئاً، وقال النَّسائيُّ في روايةٍ، والدّارقطنيُّ: متروكٌ. وضعَّفَه أبو زُرعةَ وابنُ مَعينٍ، وقال البخاريُّ: لا يُكتَبُ حديثُه، وقال الجَوزجانيُّ: أحاديثُه مُنكَرةٌ جدّاً، وقال مسلمٌ: مُنكَرُ الحديث.

وروى سليمانُ التيميُّ عن حَنَش عن عِكرمةَ عن ابن عبّاسٍ عن النَّبيِّ ﷺ قال: ((مَن أعانَ باطلاً ليَدحَضَ بباطلِه حَقّاً، فقد بَرِئَت مِنه ذِمَّةُ الله وذِمَّةُ رسولِه ﷺ)).

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" (١١٥٣٩)، والحاكمُ في "المستدرك" ٤/١٠٠، وقال: صحيحُ الإسناد، وتعقَّبَه الذَّهبيُّ بضَعْف حسين بن قيسٍ.

ورواه خالدٌ وعليُّ بنُ عاصمٍ عن أبي عليٍّ حسين الرَّحْبيِّ عن عِكرمةَ عن ابن عبّاسٍ عن النَّبيِّ ﷺ: ((مَن مشَى إلى سُلطانِ الله في الأرضِ لِيُذِلَّه، أذَلَّ الله رَقَبَتَه يومَ القيامة مع ما يَدَّخِرُ له في الآخرة)). أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" (١١٥٣٤). وقال: وزادَ مسلمٌ: ((وسُلطانُ الله: كتابُ الله، وسُنَّةُ نبيِّه ﷺ)).

ورواه ابنُ لَهيعةَ عن يزيدَ بنِ أبي حَبيبٍ عن عِكرمةَ عن ابن عبّاسٍ عن النَّبيِّ ﷺ يقول: ((مَن استعمَلَ عاملاً مِن مسلمينَ وهو يعلَمُ أنَّ فيهم أَوْلى بذلك مِنه وأعلَمَ بكتابِ الله وسُنَّةِ نبيِّه ﷺ فقد خانَ الله ورسولَه وجميعَ المسلمينَ)).

أخرجه البيهقيُّ في "الكبرى" ١٠/١١٨.

وروى محمَّدُ بن بكّار حدَّثنا إبراهيمُ بنُ زيادٍ القُرَشيُّ ـ وفي حديثه نكرةٌ، أحدُ المجهولين ـ عن خُصَيف عن عِكرمة عن ابن عبّاسٍ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: ((مَن أعانَ على باطلٍ لِيَدحَضَ بباطلِه حَقّاً فقد بَرِئَ مِن ذمَّةِ الله وذمَّةِ رسولِه، ومَن مشَى إلى سُلطانِ الله في الأرضِ لِيُذِلَّهُ أذَلَّ الله رَقَبَتَهُ يومَ القيامةِ ـ أو قال: إلى يوم القيامةِ، مع ما يُدَّخَرُ له مِن خزيٍ يومَ القيامة، وسُلطانُ الله في الأرضِ كتابُ الله وسُنَّةُ نبيِّه، ومَن استعمَلَ رجُلاً وهو يَجدُ غيرَه خيراً مِنه وأعلَمَ مِنه بكتابِ الله وسُنَّةِ نبيِّه فقد خانَ الله والمؤمنين، ومَن وليَ مِن أمرِ المسلمينَ شيئاً لم ينظُرِ اللهُ له في حاجةٍ حتّى ينظُرَ في حاجاتِهم ويؤدِّيَ إليهم حُقوقَهم، ومَن أكَلَ درهمَ ربًا كان عليه مثلُ إثمِ ستٍّ وثلاثين زَنْيةً في الإسلام، ومَن نبَتَ لحمُهُ مِن سُحْتٍ فالنّارُ أَوْلى به)).

أخرجه الخطيبُ في "تاريخ بغداد" ٦/٧٦. قال البخاريُّ: لا يَصِحُّ إسنادُه، وإبراهيمُ بنُ زيادٍ: لا يُعرَفُ مَن ذا؟

ورواه سعيدُ بنُ رحمةَ المِصِّيصيُّ عن محمَّد بنِ حِمْيَر عن إبراهيمَ بنِ أبي عَبْلةَ عن عِكرمةَ عن ابنِ عبّاسٍ عن النَّبيِّ ﷺ: ((مَن أعانَ ظالماً لِيَدحَضَ به حَقّاً فقد بَرِئَ مِن ذمَّةِ الله وذمَّةِ رسولِه، ومَن أكَلَ درهماً مِن ربًا فهو مثلُ ثلاثٍ وثلاثين زَنْيةً، ومَن نبَتَ لحمُهُ مِن السُّحْتِ فالنّارُ أَوْلى به)). أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٢٩٦٨)، وابنُ حبّانَ في "المجروحين" ١/٣٢٤.

قال ابنُ حبّانَ: سعيدُ بنُ رحمةَ المِصِّيصيُّ يروي عن محمَّدِ بن حِمْيَر ما لا يُتابَعُ عليه، لا يَجُوزُ الاحتجاجُ به؛ لمخالفتِه الأثباتَ في الرِّوايات.

ورواه أبو محمَّدٍ الجَزَريُّ وهو حمزةُ النَّصِيبيُّ عن عمرِو بن دينارٍ عن ابن عبّاسٍ قال رسولُ الله ﷺ: ((مَن أعانَ بباطلٍ لِيَدحَضَ بباطلِه حَقّاً فقد بَرِئَ مِن ذمَّةِ الله وذمَّةِ رسولِه، ومَن مشَى إلى سُلطانِ الله في الأرضِ لِيُذِلَّهُ أذَلَّه الله، مع ما يُدَّخَرُ له مِن خزيٍ يومَ القيامة، وسُلطانُ الله: كتابُ الله وسُنَّةُ نبيِّه، ومَن تولّى مِن أمرِ المسلمينَ شيئاً فاستعمَلَ عليهم رجُلاً وهو يعلَمُ أنَّ فيهم مَن هو أَوْلى بذلك وأعلَمُ مِنه بكتابِ الله وسُنَّةِ رسولِه فقد خانَ اللهَ ورسولَه وجميعَ المؤمنينَ، ومَن ترَكَ حوائجَ النّاسِ لم ينظُرِ اللهُ في حاجتِه حتّى يقضيَ حوائجَهم ويؤدِّيَ إليهم بحَقِّهم، ومَن أكَلَ درهمَ ربًا فهو ثلاثٌ وثلاثون زَنْيةً، ومَن نبَتَ لحمُهُ مِن سُحْتٍ فالنّارُ أَوْلى به)).

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" (١١٢١٦).

وحمزةُ بنُ أبي حمزة النَّصِيبيّ الجَزَريّ: قال أحمدُ: مطروحُ الحديث، قال ابنُ مَعين: لا يساوي فَلْساً، وقال البخاريُّ: مُنكَرُ الحديث، وقال الدّارقطنيُّ: متروكٌ، وقال ابنُ عَديٍّ: وكلُّ ما يرويه أو عامَّته مَناكيرُ موضوعةٌ، والبلاءُ مِنه ليس مِمَّن يروي عنه، ولا مِمَّن يروي هو عنهم، وقال: يضَعُ الحديث.

وله شاهد من حديثِ حذيفةَ: فقال الزَّيلعيُّ في "نصب الرّاية" ٤/٦٢: رواه أبو يَعْلى الموصليُّ في "مسنده"، حدَّثنا أبو وائلٍ خالدُ بنُ محمَّدٍ البصريُّ ثنا عبدُ الله بن بكرٍ السَّهميُّ ثنا خَلَفُ بن خَلَفٍ عن إبراهيمَ بنِ سالمٍ عن عمرِو بن ضرارٍ عن حذيفةَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: ((أيُّما رجُلٍ استعمَلَ رجُلاً على عشرةِ أنْفُسٍ وعَلِمَ أنَّ في العشرةِ مَن هو أفضلُ مِنه فقد غشَّ اللهَ ورسولَه وجماعةَ المسلمينَ)).

مَوثوقاً به في عَفافِهِ، وعقلِهِ، وصلاحِهِ، وفَهمِهِ، وعِلمِهِ بالسُّنَّةِ والآثارِ ووُجوهِ الفقهِ،

"بحر"[١]. ومثلُهُ في "الزَّيلعيِّ"[٢]، فقولُهُ: ((وينبغي)) بمعنى: يُطلَبُ، أي: المطلوبُ مِنه أنْ تكونَ صفتُهُ هكذا. وقولُهُ: ((كان أَولى))، أي: أحَقَّ، وهذا لا يدُلُّ على أنَّ ذلك مُستحَبٌّ، فإنَّ الحديثَ يدُلُّ على إثمِ السُّلطانِ بتوليةِ[٣] غيرِ الأَولى، فافهمْ.

[٢٦٠٠٨] (قولُهُ: مَوثوقاً به) أي: مُؤتَمَناً، مِن وَثِقْتُ به أَثِقُ ـ بكسرهما ـ ثِقَةً ووُثُوقاً: ائتمَنْتُهُ. والعفافُ: الكَفُّ عن المَحارمِ وخَوارمِ المُروءةِ. والمرادُ بالوُثوقِ بعقلِهِ كونُهُ كامِلَهُ، فلا يُولَّى الأَخَفُّ، وهو ناقصُ العقلِ.

مطلبٌ في تفسيرِ الصَّلاحِ والصَّالحِ[٤]

والصَّلاحُ: خلافُ الفسادِ، وفسَّرَ "الخصَّافُ"[٥] الصَّالِحَ: ((بمَن كان مستوراً غيرَ مهتوكٍ ولا صاحبِ رِيْبةٍ، مُستقيمَ الطَّريقةِ، سليمَ النَّاحيةِ، كامِنَ الأذى، قليلَ السُّوءِ، ليس بمُعاقرٍ للنَّبيذِ ولا يُنادمُ عليه الرِّجالَ، وليس بقذّافٍ للمُحصَناتِ، ولا مَعروفاً بالكذبِ، فهذا عندَنا مِن أهلِ الصَّلاحِ)) اهـ. والمرادُ بعِلمِ السُّنَّةِ: ما ثَبتَ عن رسولِ اللهِ ﷺ قولاً وفعلاً وتقريراً عندَ أمرِ يُعاينُهُ. وبوُجوهِ الفقهِ: طرُقُهُ، "بحر"[٦] مُلخَّصاً. والأثرُ ـ كما قال "السَّخاويُّ"[٧] ـ: ((لغةً: البقيَّةُ، واصطلاحاً: الأحاديثُ مرفوعةً أو موقوفةً على المعتمَدِ وإنْ قصَرَهُ بعضُ الفقهاءِ على الثَّاني)).

(قولُ "المصنِّف": والآثارِ) الأثرُ ما يُروى عن غيرِهِ عليه السَّلامُ مِن الصَّحابةِ والتَّابعينَ قولاً أو فعلاً أو تقريراً. اهـ "سنديّ".

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٧/٦.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ١٧٦/٤.

(٣) في "ب" و"م": ((بتوليته)).

(٤) في هامش "الأصل": ((والأصلح)) بدل ((والصالح)).

(٥) "أحكام الأوقاف": باب الرجل يقف الأرض على الصُّلحاء من فقراء قرابته إلخ صـ ٣٢٢ ـ.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٧/٦ ـ ٢٨٨.

(٧) "فتح المغيث": المقدمة ٣/١.

والاجتهادُ شرطُ الأَولَويَّة)؛ لتَعذُّرِهِ، على أنَّه يَجُوزُ خُلُوُّ الزَّمنِ عنه عندَ الأكثرِ، "نهر"[(١)]، فصحَّ[(٢)] توليةُ العامِّيِّ، "ابن كمالٍ" ويَحكُمُ بفتوى غيرِهِ،...............

مطلبٌ في الاجتهادِ وشروطِهِ

[٢٦٠٠٩] (قولُهُ: والاجتهادُ شرطُ الأَولَويَّة) هو لغةً: بَذْلُ المجهودِ في تحصيلِ ذي كُلفةٍ. وعُرْفاً: ذلك مِن الفقيهِ في تحصيلِ حُكمٍ شرعيٍّ. قال في "التَّلويح"[(٣)]: ((ومعنى بَذْلِ الطّاقةِ: أنْ يُحِسَّ مِن نفسِهِ العَجْزَ عن المزيدِ عليه، وشرطُهُ: الإسلامُ، والعقلُ، والبلوغُ، وكونُهُ فقيهَ النَّفسِ، أي: شديدَ الفهمِ بالطَّبعِ، وعلمُهُ باللُّغةِ العربيَّةِ، وكونُهُ حاوياً لكتابِ اللهِ تعالى فيما يتعلَّقُ بالأحكامِ، وعالِماً بالحديثِ مَتناً وسنداً، وناسخاً ومنسوخاً، وبالقياسِ، وهذه الشَّرائطُ في المجتهدِ المطلَقِ الذي يُفتي في جميعِ الأحكامِ. وأمّا المجتهدُ في حُكمٍ دونَ حُكمٍ فعليه معرفةُ ما يتعلَّقُ بذلك الحُكمِ مثلاً كالاجتهادِ في حُكمٍ مُتعلِّقٍ بالصَّلاةِ لا يتوقَّفُ على معرفةِ جميعِ ما يتعلَّقُ بالنِّكاحِ)) اهـ. ومرادُ "المصنِّف" هنا الاجتهادُ بالمعنى الأوَّلِ، "نهر"[(٤)].

[٢٦٠١٠] (قولُهُ: لتَعذُّرِهِ) أي: لأنَّه مُتعذِّرُ الوجودِ في كلِّ زمنٍ وفي كلِّ بلدٍ فكان شرطَ الأَولَويَّة، بمعنى أنَّه إنْ[(٥)] وُجدَ فهو الأَولى بالتَّوليةِ، فافهمْ.

[٢٦٠١١] (قولُهُ: على أنَّه) مُتعلِّقٌ بمحذوفٍ، أي: قُلنا بالتَّعذُّرِ في كلِّ زمنٍ بناءً على أنَّه إلخ.

[٢٦٠١٢] (قولُهُ: عندَ الأكثرِ) خلافاً لِما قيل: إنَّه لا يَخلو عنه زمنٌ، وتمامُ ذلك في كتبِ الأصولِ.

[٢٦٠١٣] (قولُهُ: فصحَّ توليةُ العامِّيِّ) الأَولى في التَّفريعِ أنْ يُقالَ: فصحَّ توليةُ المقلِّدِ؛

(قولُهُ: الأَولى في التَّفريعِ أنْ يُقالَ: فصحَّ توليةُ المقلِّدِ إلخ) لَمّا كان العاميُّ مَحلَّ الاشتباهِ في صحَّةِ

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/أ.

(٢) في "د" ((فتصح))، وفي "و": ((فيصح)).

(٣) انظر "شرح التلويح على التوضيح": باب الاجتهاد ٢/١١٧ ـ ١١٨ باختصار.

(٤) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/أ.

(٥) في "آ": ((إذا)).

....

لأنَّه مُقابِلُ المجتهدِ. ثمَّ إنَّ المقلِّدَ يشمَلُ العامِّيَّ ومَن له تأهُّلٌ في العِلمِ [٣/ق١٩٩/أ] والفهمِ، وعيَّنَ "ابنُ الغَرْسِ" الثّانيَ، قال: ((وأقلُّهُ أنْ يُحسِنَ بعضَ الحوادثِ والمسائلِ الدَّقيقةِ، وأنْ يعرِفَ طريقَ تحصيلِ الأحكامِ الشَّرعيَّةِ مِن كتبِ المذهبِ وصُدورِ المشايخِ، وكيفيَّةَ الإيرادِ والإصدارِ في الوقائعِ والدَّعاوى والحُجَجِ))، ونازَعَهُ في "النَّهر"[١]، ورجَّحَ أنَّ المرادَ الجاهلُ؛ لتعليلِهم بقولِهم: لأنَّ إيصالَ الحَقِّ إلى مُستحِقِّهِ يحصُلُ بالعملِ بفتوى غيرِهِ، قال في "الحواشي اليعقوبيَّة": ((إذِ المُحتاجُ إلى فتوى غيرِهِ هو مَن لا يَقدِرُ على أَخْذِ المسائلِ مِن كتبِ الفقهِ، وضَبْطِ أقوالِ الفقهاءِ)) اهـ. ونحوُهُ في "البحر"[٢] عن "العناية"[٣]، وكذا رجَّحَهُ "ابنُ الكمالِ".

قلتُ: وفيه للبحثِ مجالٌ، فإنَّ المفتيَ عندَ الأصوليِّين هو المجتهدُ كما يأتي[٤]، فيصيرُ المعنى: أنَّه لا يُشترَطُ في القاضي أنْ يكونَ مُجتهداً؛ لأنَّه يَكفيهِ العملُ باجتهادِ غيرِهِ، ولا يلزَمُ مِن هذا أنْ يكونَ عامِّيّاً، لكنْ قد يُقالُ: إنَّ الاجتهادَ كما تَعذَّرَ في القاضي تَعذَّرَ في المفتي الآنَ، فإذا احتاجَ إلى السُّؤالِ عمَّن يَنقُلُ الحُكمَ مِن الكتبِ يلزَمُ أنْ يكونَ غيرَ قادرٍ على ذلك، تأمَّلْ. ٤/٣٠٥

توليتِهِ، ولذا قال "ابنُ الغَرْسِ"[٥] بعَدَمِها، وكان مُقابِلاً للمُجتهِدِ في الجملةِ، فرَّعَهُ على ما قبلَهُ مع فَهْمِ المقلِّدِ الغيرِ العامِّيِّ بالأَولى، ولو ذكَرَ المقلِّدَ بدَلَهُ لربَّما يَنصرِفُ إلى المتأهِّلِ، تأمَّلْ.

(قولُهُ: ولا يلزَمُ مِن هذا أنْ يكونَ عامِّيّاً إلخ) نَعَمْ، لا يلزَمُ مِنه ذلك بخُصوصِهِ، لكنَّه يشمَلُهُ والمتأهِّلَ في العِلمِ، وهو المطلوبُ، فيَتِمُّ حينئذٍ ما قالَهُ غيرُ "ابنِ الغَرْسِ"[٥] أيضاً.

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/أ.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٨.

(٣) "العناية": كتاب أدب القاضي ٦/٣٥٩ (هامش "فتح القدير").

(٤) صـ٢٩٥ـ "در".

(٥) في مطبوعة "التقريرات": ((الفرس)) بالفاء، وهو خطأ.

لكنْ في أيمانِ "البزّازيَّة"[١]: ((المفتي يُفتي بالدِّيانةِ، والقاضي يَقضي بالظّاهرِ، دَلَّ على أنَّ الجاهلَ لا يُمكنُهُ القضاءُ بالفتوى أيضاً، فلا بدَّ مِن كونِ الحاكمِ في الدِّماءِ والفُروجِ عالِماً دَيِّناً كالكبريتِ الأحمرِ، وأين الكبريتُ الأحمرُ؟ وأين العِلمُ؟))، (ومثلُهُ) فيما ذُكِرَ (المفتي) وهو عندَ الأصوليِّين: المجتهدُ، أمّا مَن يَحفَظُ أقوالَ المجتهدِ فليس بمُفْتٍ، وفتواهُ ليس بفتوى، بل هو نَقْلُ كلامٍ كما بسَطَهُ "ابنُ الهمام"[٢]. ....

[٢٦٠١٤] (قولُهُ: المفتي يُفتي بالدِّيانةِ) مثلاً إذا قال رجلٌ: قلتُ لزوجتي: أنت طالقٌ، قاصداً بذلك الإخبارَ كاذباً فإنَّ المفتيَ يُفتيهِ بعَدَمِ الوقوعِ، والقاضيَ يَحكُمُ عليه بالوقوعِ؛ لأنّه يَحكُمُ بالظّاهرِ، فإذا كان القاضي يَحكُمُ بالفتوى يلزَمُ بطلانُ حُكمِهِ في مثلِ ذلك، فدلَّ على أنّه لا يُمكنُهُ القضاءُ بالفتوى في كلِّ حادثةٍ. وفيه نظرٌ، فإنَّ القاضيَ إذا سألَ المفتيَ عن هذه الحادثةِ لا يُفتيهِ بعَدَمِ الوقوعِ؛ لأنّه إنّما سألَهُ عمّا يَحكُمُ به، فلا بدَّ أنْ يُبيِّنَ له حُكمَ القضاءِ، فعُلِمَ أنَّ ما في "البزّازيَّة" لا يُنافي قولَهم: ((يَحكُمُ بفتوى غيرِهِ)).

[٢٦٠١٥] (قولُهُ: في الدِّماءِ والفُروجِ) أي: وفي الأموالِ، لكنْ خصَّهُما بالذِّكرِ لأنّه لا يمكنُ فيهما الاستباحةُ بوجهٍ، بخلافِ المالِ؛ ولِقَصْدِ التّهويلِ، فإنَّ الحاكمَ الذي مَجرَى أحكامِهِ في ذلك لا بدَّ أنْ يكونَ عالِماً دَيِّناً.

[٢٦٠١٦] (قولُهُ: كالكبريتِ الأحمرِ) مَعدِنٌ عزيزُ الوجودِ، والجارُّ والمجرورُ مُتعلِّقٌ بمحذوفٍ على أنّه حالٌ، أو خبرٌ لمبتدأٍ محذوفٍ.

[٢٦٠١٧] (قولُهُ: وأين العِلمُ) عبارةُ "البزّازيَّة": ((وأين الدِّينُ والعِلمُ ؟!!))[٣].

مطلبٌ: طريقُ النَّقلِ عن المجتهدِ

[٢٦٠١٨] (قولُهُ: بل هو نَقْلُ كلامٍ) وطريقُ نَقْلِهِ لذلك عن المجتهدِ أحدُ أمرينِ: إمّا أنْ يكونَ له سندٌ فيه، أو يأخُذَهُ مِن كتابٍ معروفٍ تداوَلَتْهُ الأيدي، نحو كتبِ "محمَّدِ بنِ الحسنِ"

---

(١) "البزازية": كتاب الأيمان ـ الفصل الثاني والعشرون في الحرف والأفعال المتفرقة ٣٤٢/٤ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٠/٦.

(٣) عبارة مطبوعة "البزازية" التي بين أيدينا: ((وأين العلم ؟!!))، ولعل ابن عابدين رحمه الله تابع "ط" في ذلك؛ إذ هي عبارته.

....

ونحوها مِن التَّصانيفِ المشهورةِ للمُجتهدينَ؛ لأنَّـه بمنزلةِ الخبرِ المتواترِ المشهورِ[١]، هكـذا ذكَـرَ "الرّازيُّ"[٢]. فعلى هذا لو وجَدَ بعضَ نُسَخِ "النَّوادرِ" في زمانِنا لا يَحِلُّ عَزْوُ ما فيهـا إلى "محمَّـدٍ" ولا إلى "أبي يوسفَ"؛ لأنَّها لم تشتَهِرْ في عصرِنا في ديارِنا ولم تُتداولْ. نَعَمْ إذا وجَدَ النَّقـلَ عـن "النَّوادرِ" مثلاً في كتابٍ مشهورٍ معروفٍ كـ"الهداية" و"المبسوط" كان ذلك تعويـلاً علـى ذلـك الكتابِ، "فتح"[٣]، وأقرَّهُ في "البحر"[٤] و"النَّهر"[٥] و"المنح"[٦].

[مطلبٌ: لا يَلزَمُ التَّواتُرُ بكونِ ذلك الكتابِ هو المُسمَّى بذلك الاسمِ، بل يكفي غَلَبةُ الظَّنِّ]

قلتُ: يلزَمُ على هذا أنْ لا يَجُوزَ الآنَ النَّقلُ مِن أكثرِ الكتبِ المطوَّلةِ مِن الشُّروحِ أو الفتـاوى المشهورةِ أسماؤها لكنَّها لم تَتَداولْها الأيدي حتّى صـارت بمنزلةِ الخبرِ المتواترِ المشهورِ؛ لكونِهـا لا تُوجَدُ إلاّ في بعضِ المدارسِ، أو عندَ بعضِ النّاسِ كـ"المبسوط" و"المحيط" و"البدائع"، وفيه نظـرٌ، بل الظّاهرُ أنَّه لا يلزَمُ التَّواترُ، بل يكفي غَلَبةُ الظَّنِّ بكونِ ذلك الكتابِ هو المسمَّى بذلـك الاسـمِ، بأنْ وجَدَ العلماءَ ينقُلُون عنه، ورأى ما نقَلُوه عنه موجوداً فيه، أو وجَدَ مِنه أكثرَ مِـن نُسـخةٍ، فإنَّـه يَغلِبُ على الظَّنِّ أنَّه هو، ويدُلُّ على ذلك قولُهُ: ((إمّا أنْ يكـونَ لـه سندٌ فيـه))، أي: فيمـا ينقُلُـهُ، والسَّندُ لا يلزَمُ تواترُهُ ولا شُهرتُهُ. وأيضاً قدَّمنا[٧] أنَّ القـاضيَ إذا أشـكَلَ عليـه أمـرٌ يَكتُـبُ فيـه إلى فقهاءِ مِصرٍ آخَرَ، وأنَّ المشاورةَ بالكتابِ سـنَّةٌ قديمـةٌ في الحـوادثِ الشَّـرعيَّةِ، ولا شـكَّ أنَّ احتمـالَ التَّزويرِ في هذا الكتابِ اليسيرِ أكثرُ مِن احتمالِهِ في شرحٍ كبيرٍ بخَطٍّ قديمٍ، ولا سيَّما إذا رأى عليه خَطَّ بعضِ [٣/ق١٩٩/ب] العلماءِ، فيتعيَّنُ الاكتفاءُ بغَلَبةِ الظَّنِّ؛ لئلاّ يلزَمَ هَجْرُ مُعظَمِ كتـبِ الشَّريعةِ مِن فقهٍ وغيرِهِ، لا سيَّما في مثلِ زمانِنا، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

---

(١) عبارة "النهر" و"المنح" ومخطوطة "البحر": ((أو المشهور)).

(٢) لعله أبو بكر الرازي الجصاص (ت٣٧٠هـ).

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٠.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٩.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/أ ـ ب.

(٦) "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٣/أ.

(٧) المقولة [٢٥٩٨٧] قوله: ((وإذا أشكَلَ إلخ)).

(ولا يَطلُبُ القضاءَ) ....

[٢٦٠١٩] (قولُهُ: ولا يَطلُبُ القضاءَ) لِما أخرجَهُ "أبو داودَ" و"الترمذيُّ" و"ابنُ ماجَه" مِن حديثِ أنسٍ قال: قال رسولُ اللهِ ﷺ: ((مَن سأَلَ القضاءَ وُكِلَ إلى نفسِهِ، ومَن أُجبرَ عليه يَنزِلُ إليه مَلَكٌ يُسدِّدُهُ))(١)، وأخرَجَ "البخاريُّ": قال ﷺ: ((يا عبدَ الرَّحمنِ بنَ سَمُرةَ لا تسأَلِ الإمارةَ،

---

(١) روى وكيعٌ ومحمَّدُ بنُ كثيرٍ وأسودُ بنُ عامرٍ وأبو غسّانَ المِسْمَعيُّ والحارثُ بنُ منصورٍ عن إسرائيلَ عن عبدِ الأعلى الثَّعلبيِّ عن بلالِ بن أبي موسى عن أنسِ بن مالكٍ قال رسول الله ﷺ: ((مَن سأَلَ القضاءَ وُكِلَ إلى نفسِهِ، ومَن أُجبِرَ عليه يُنزِلُ اللهُ عليه مَلَكاً فيُسدِّدُهُ)).

أخرجه أبو داودَ (٣٥٧٨) في الأقضية ـ باب في طلَب القضاء والتَّسرُّعِ إليه، والتِّرمذيُّ (١٣٢٣) في الأحكام ـ باب ما جاء في القاضي، وابنُ ماجَه (٢٣٠٩) في الأحكام ـ باب ذِكْر القضاة، وأحمدُ ٣/١١٨ و٢٢٠، وابنُ أبي شَيبةَ ٥/٣٥٧ ـ وعنه محمَّدُ بن خَلَف المُلقَّبُ بوكيعٍ في "أخبار القضاة" ١/٦٢ و٦٣، والحاكمُ في "المستدرك" ٤/٩٢، والبيهقي ١٠/١٠٠، والضِّياءُ المَقدِسيُّ في "المختارة" (١٥٨١). وإسحاقُ بن راهَوَيْهْ والبَزّار في "مسنديهما" كما في "نصب الراية" ٤/٦٩.

وقال الطَّبرانيُّ: لا يروى عن أنسٍ إلاّ بهذا الإسناد، تفرَّدَ به عبدُ الأعلى الثَّعلبيُّ.

وزادَ محمَّدُ بن كثيرٍ وأسودُ بن عامرٍ: أنَّ الحَجّاجَ أرادَ أنْ يجعَلَه [أي: يجعل أنساً، وقال أسودُ: ابنَه] على قضاءِ البصرة فقال أنسٌ ... الحديث. قال الحاكمُ: صحيحُ الإسناد، ولم يُخرِّجاه.

رواه أبو داودَ عن محمَّدِ بن كثيرٍ فقال: بلالٌ عن أنسٍ، ورواه أبو المثنّى عنه فقال: بلالُ بن أبي موسى، وأغرَبَ محمَّدُ بنُ محمَّدٍ التَّمّارُ فرواه عن محمَّدِ بن كثيرٍ فقال: بلالُ بن أبي بُردةَ بنِ أبي سفيانَ.

ورواه أحمدُ وهنّادٌ وعليُّ بنُ محمَّدٍ ومحمَّدُ بنُ إسماعيلَ عن وكيعٍ فقال: بلالُ بنُ أبي موسى عن أنسٍ. وقال ابنُ أبي شَيبةَ عن وكيعٍ: بلالُ بنُ أبي بُردةَ بنِ أبي موسى. وكذلك نقل البيهقيُّ عن وكيعٍ وزادَ: الأشعريُّ. وكذلك رواه أسودُ بنُ عامرٍ فقال: بلالُ بنُ أبي موسى. رواه عنه أحمدُ.

وكذلك رواه أبو غسّانَ المِسْمَعيُّ فقال: بلالُ بنُ أبي موسى، رواه إسحاقُ الحَرْبيُّ عنه، ورواه ابنُ السَّمّاكِ عن أحمدَ بنِ مُلاعبٍ عن أبي غسّانَ فقال: بلالُ بنُ أبي بُردةَ.

أمّا محمَّدُ بن خَلَفٍ فرواه عن ابنِ مُلاعبٍ قال: بلالُ بنُ أبي موسى، وتصحَّفَ فيه إلى: بلالٌ رأى موسى.

فبلالٌ هذا: أكثرُ الرُّواة على أنَّه ابنُ أبي موسى، ولكنْ هل هو ابنُ أبي بُردةَ بنِ أبي موسى كما رواه ابنُ أبي شَيبةَ عن وكيعٍ، مِمّا دَعَا البيهقيَّ للقول بأنَّه الأشعريُّ؟ وقد عُرِفَ بسوءِ ولايته، وذكَرَه ابنُ حبّانَ في "الثِّقات"، وضعَّفَه أبو العرب الصِّقلّي. أم أنَّه بلالُ بنُ مِرداسٍ الفَزاريُّ النَّصيبيُّ، ويقال له: ابنُ أبي موسى، كما ذكَرَه في "التَّهذيب".

=

....

فإنَّك إنْ أُوتيتَها عن مسألةٍ وُكِلتَ إليها، وإنْ أُوتيتَها مِن غيرِ مسألةٍ أُعِنتَ عليها)) (١).

= فقد روى يحيى بن حمّادٍ ويحيى بنُ غَيلانَ عن أبي عَوانةَ عن عبد الأعلى الثَّعلبيِّ عن بلالِ بنِ مِرداسٍ الفَزاريِّ عن خَيثمةَ [زادَ ابنُ غَيلانَ: ابنِ أبي خَيثمةَ] البَصريِّ عن أنسٍ به.

أخرجه الترمذيُّ (١٣٢٤)، ومحمَّدُ بنُ خَلَف "وكيع"، ١/٦١ و٦٢، والبيهقيُّ ١٠/١٠٠، والضِّياءُ في "المختارة" (١٥٨٠)، وابنُ المنذر كما في "فتح الباري" ١٣/١٥٥. قال في "التَّهذيب" في ترجمة بلال بن مِرداس: ذكَرَه ابنُ حبّانَ في "الثِّقات"، وخرَّجَ ابنُ خُزيمةَ حديثَه في "صحيحه"، وقال الأزْديُّ: لم يَصِحَّ حديثُه. كأنَّه عنى الاضطرابَ الذي فيه. وقال فيه ابنُ القَطّان: مجهولُ الحال. وخَيثمةُ بنُ أبي خَيثمةَ: قال ابنُ مَعينٍ: ليس بشيءٍ، وذكَرَه ابنُ حبّانَ في "الثِّقات".

ومع ذلك قال الترمذيُّ: حديثٌ حسنٌ غريبٌ، وهو أصحُّ مِن حديث إسرائيلَ عن عبد الأعلى.

وتعجَّبَ ابنُ القَطّان مِن ترجيح الترمذيِّ هذا كما في "نصب الرّاية" وقال: وإسرائيلُ أحدُ الحُفّاظ [أي: فهو مُقدَّمٌ على أبي عَوانةَ]، ولولا ضَعْفُ عبد الأعلى كان هذا الطَّريقُ خيراً من طريق أبي عَوانةَ الذي فيه خَيثمةُ وبلالٌ. اهـ.

نعم، عبد الأعلى بنُ عامرٍ الثَّعلبيُّ: ضعَّفَه أحمدُ وأبو زُرعةَ وابنُ سعدٍ ويعقوبُ بن شَيبةَ، وقال يحيى وأبو حاتمٍ والنَّسائيُّ والدّارقطنيُّ: ليس بقويٍّ، وفي روايةٍ عن يحيى ويعقوبَ أنّه ثقةٌ! وقال يحيى القَطّانُ: تَعرِفُ وتُنكِرُ، وتركَه ابنُ مَهديّ. قال الدّارقطنيُّ: يُعتبَرُ به. وأظنُّ أنَّ الاضطرابَ في هذا الحديث منه. قال ابنُ حجرٍ: وقد حسَّن له الترمذيُّ، وصحَّح له الحاكمُ، وهو من تساهُلِه.

(١) روى شيبانُ بن فَرُّوخ ومحمَّدُ بن الفَضْل وحَجّاج بن المِنهال وسليمانُ بن حربٍ ووَهْبُ بن جريرٍ ومسلمُ بن إبراهيمَ والطَّيالسيُّ وأسدُ بن موسى وأسودُ بن عامرٍ وعفّانُ وعبدُ الرَّحمن بن مَهديّ عن جرير بن حازمٍ ثنا الحسنُ ثنا عبد الرَّحمن بن سَمُرة قال لي رسولُ الله ﷺ: ((يا عبدَ الرَّحمن بن سَمُرةَ! لا تسألِ الإمارةَ، فإنَّك إنْ أُعطِيتَها عن مسألةٍ وُكِلْتَ إليها، وإنْ أُعطِيتَها عن غيرِ مسألةٍ أُعِنتَ عليها، وإذا حَلَفتَ على أمرٍ [يمين] فرأيتَ غيرَها خيراً منها فكفِّرْ عن يمينِك وائتِ الذي هو خيرٌ)).

أخرجه البخاريُّ (٦٦٢٢) في الأيمان ـ باب قوله تعالى ﴿لا يؤاخذكم الله ..﴾، و(٧١٤٦) في الأحكام ـ باب مَن لم يسألِ الإمارةَ أعانَه الله عليها، ومسلمٌ (١٦٥٢) في الأيمان ـ باب ندب مَن حلَفَ يميناً...، والجلوديُّ راوي صحيح مسلمٍ مُستخرِجاً عليه، و(١٦٥٢) في الإمارة ـ باب النَّهي عن طلب الإمارة، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٧/١٠ في الأيمان ـ باب الكفّارة قبلَ الحنث، وفي "الكبرى" (٤٧٢٥)، وأحمدُ ٥/٦٣، والدّارميُّ (٢٣٤٦)، والطَّيالسيُّ (١٣٥١)، وأبو يَعْلى (١٥١٦)، وأبو عَوانةَ (٥٩٤٠) و(٧٠١٢)، والبَزّارُ في "البحر الزَّخّار" (٢٢٨٨)، ومحمَّدُ بنُ خَلَف "وكيع" في "أخبار القضاة" ١/٦٥، والخليليُّ في "الإرشاد" ١٣٥ـ ١٣٦، وأبو نُعيم في "حِلية الأولياء" ٩/١٨ـ ١٩، والبيهقيُّ ١٠/٥٢.

وروايةُ عفّانَ عند النَّسائيِّ في اليمينِ فقط، وكذلك روايةُ أبي داودَ الطَّيالسيِّ.

قال البَزّارُ: وحديثُ جريرِ بن حازمٍ إنَّما نحفظُهُ من حديث وَهْبِ بن جريرٍ عن أبيه. كذا قال! مع ما رأيتَ من كثرةِ الرُّواة عن جريرٍ. وروايةُ ابن مَهديّ تفرَّدَ بها أحمدُ بن حَمدانَ العسكريُّ عن عليِّ بن المَدينيِّ. =

قال أحمدُ: اتَّفق عفّانُ وأسودُ في حديثهما فقالا: ((فكفِّرْ عن يمينك ثمَّ ائتِ الذي هو خيرٌ)).

وقال أبو الأشهَب عن الحسن في هذا الحديث فبدأ بالكفّـارة. وأخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٨٠٨٦)، والمِزِّيُّ في "تهذيب الكمال" ١٦٠/١٧، من طريق كاملِ بنِ طلحةَ عن أبي الأشهَب عن الحسن به. قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِه عن أبي الأشهَب إلاّ كاملُ بنُ طلحةَ.

ورواه أحمدُ بن حنبلَ وسعيدُ بن منصورٍ وعليُّ بن حُجرٍ وسهلُ بن نصرٍ ومحمَّدُ بن الصَّباح وعليُّ بن مسلم الطُّوسيُّ وزيادُ بن أيُّوبَ عن هُشيمٍ عن يونُسَ ومنصورِ بنِ زاذانَ وحُميدٍ عن الحسن به.

أخرجه مسلمٌ (١٦٥٢) في الإمارة ـ باب النَّهي عن طلب الإمارة، وأبو داودَ (٢٩٢٩) و(٣٢٧٧) وقطَّعه، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ١١/٧، وأحمدُ ٦١/٥، وأبو عَوانةَ (٥٩٣٦) و(٧٠٠٩)، و(٧٠١٠) وقطَّعه، وابنُ خُزيمةَ في "صحيحه" في السِّياسة كما في "إتحاف المهرة" (١٣٤٨٧)، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٧٨)، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٤٤٧٩)، وأبو نُعيمٍ كما ذكره ابن حجرٍ في "تغليق التَّعليق" ٢٠٩/٥، والبيهقيُّ ٥٠/١٠ و١٠٠، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٤٤/٢١.

قال البَزّار: ومنصورُ بن زاذانَ ما روى عنه هذا الحديثَ إلاّ هُشيمٌ. قال ابن حجرٍ: قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِه عن منصورٍ إلاّ هُشيمٌ.

ورواه حَجّاج بنُ المِنهال والمِنهالُ بن بحرٍ وأبو ربيعةَ عن حمّاد بن سَلَمةَ عن يونُسَ وحُميدٍ وثابتٍ وحبيبٍ عن الحسن به.

أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٨١)، والمحاملي في "الأمالي" (٥٠٦)، ومحمَّدُ بن خَلَف "وكيعٌ" في "أخبار القضاة" ٦٥/١، والبيهقيُّ ٥٣/١٠، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٤٥/٢١. لم يذكُرِ المِنهالُ وأبو ربيعةَ: يونُسَ. وزاد أبو ربيعةَ: عليَّ بنَ زيدٍ. قال البَزّار: لم يَروِه عنهم إلاّ حمّادُ بنُ سَلَمةَ.

ورواه أبو كاملٍ الجَحْدَريُّ وعبدُ الله بن عبد الوهّاب الحَجَبيُّ ومحمَّدُ بن عُبيدٍ عن حمّاد بن زيدٍ عن سِمَاك ابن عطيَّةَ ويونُسَ بنِ عُبيدٍ وهشامِ بن حسّانَ في آخَرينَ عن الحسن به.

أخرجه مسلمٌ (١٦٥٢) في الأيمان ـ باب ندب من حلف يميناً...، و (١٦٥٢) في الإمارة ـ باب النَّهي عن طلب الإمارة، وأبو عَوانةَ (٥٩٣٧) و(٧٠١١)، وعبدُ الله بن أحمدَ ٦٢/٥ دون هشامٍ، والبَزّارُ في "البحر الزَّخّار" (٢٢٨٠)، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٨٠٤٧)، ومحمَّدُ بن خَلَف "وكيعٌ" ٦٥/١، وابنُ قانعٍ في "معجم الصحابة" (٦٤٥)، والبيهقيُّ ٥٠/١٠، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٤٦/٢١، وابنُ حجرٍ في "تغليق التَّعليق" ٢٠٨/٥.

قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِه عن حمّادِ بن زيدٍ إلاّ أبو كاملٍ، كذا قال! بل تابعَه الحَجَبيُّ ومحمَّدُ بن عُبيدٍ، وقال البَزّارُ: لا نعلَم رواه عن سِماكِ بن عطيَّةَ إلاّ حمّادُ بنُ زيدٍ، ولا أسندَ سِماكُ بنُ عطيَّةَ عن الحسن إلاّ هذا الحديثَ. قال ابنُ حجرٍ: لم يذكُرْ محمَّدُ بنُ عُبيدٍ القِصَّةَ الأُولى [أي: الإمارةَ]، ولم يذكُرْ أبو كاملٍ في الإسناد هشاماً.

ورواه عبدُ الله بن بكرٍ السَّهميُّ وعبدُ الأعلى بن عبد الأعلى عن هشام بن حسّانَ عن الحسن به. أخرجه أحمدُ ٦٢/٥ ـ ٦٣، والبَزّارُ في "البحر الزَّخّار" (٢٢٧٦)، وأبو الشَّيخ في "طبقات المحدِّثين بأصبهان" (٨٩٦)، والبيهقيُّ ٥٢/١٠. ووقع في مطبوع "الطَّبقات" خللٌ!

= وأخرجه عبدُ الرَّزّاق في "المصنف" (١٦٠٣٣) عن هشامِ بن حسّانَ عن الحسن ومحمَّدِ بن سيرينَ قالا: قال رسولُ الله ﷺ: ((مَن حلَفَ على يمينٍ فرأى غيرَها خيراً ....)).

ورواه ابنُ المُبارك عن حُميدٍ عن الحسن به. أخرجه محمَّدُ بن خَلَف "وكيعٌ" ١/٦٥.

ورواه خالدُ بنُ عبد الله وعبدُ الوارث وسفيانُ الثَّوريُّ وإسماعيلُ بن عُلَيَّةَ وإبراهيمُ بن صدَقة وسالمُ بنُ نوحٍ ومحبوبُ بن الحسن وعُبيدُ الله بن عمرَ وبَقيَّةُ وربعيُّ بن عُلَيَّةَ عن يونُسَ عن الحسن به.

أخرجه البخاريُّ (٧١٤٧)، ومسلمٌ (١٦٥٢)، وأحمدُ ٥/٦٢، والنَّسائيُّ في "الكبرى" (٥٩٢٩) و(٨٧٤٥)، والطَّحاويُّ في "بيان المشكل" (٥٩)، وأبو عَوانةَ (٥٩٣٨) و(٥٩٣٩) و(٥٩٤٤) و(٧٠٠٦) و(٧٠٠٧) و(٧٠٠٨)، والمحاملي في "الأمالي" (٥٠٥)، ومحمَّدُ بن خَلَف "وكيعٌ" ١/٦٤، وأبو نُعيمٍ في "أخبار أصبهان" ١/٣٥٣، والبيهقيُّ ١٠/١٠٠، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢١/٢٤٤، وفيه: رواه إبراهيمُ بن حمزة ومصعبُ بن عبد الله عن عبد العزيز الدَّراورديِّ عن عُبيدِ الله به. وحديثُ الدَّراورديِّ عن عُبيدِ الله مُنكَرٌ. وتفرَّدَ عمرُ بن الخليلِ القاضي به عن ربعيِّ بنِ عُلَيَّةَ.

وروى مُسدَّدٌ ومحمَّدُ بن عبد الأعلى عن مُعتمر بن سليمانَ عن يونُسَ بنِ عُبيدٍ عن الحسن به.

أخرجه التِّرمذيُّ (١٥٢٩)، وقال: حسنٌ صحيحٌ، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٤٣٤٨).

لكنْ روى محمَّدُ بن عبد الأعلى والفَيضُ بن وَثيق ونصرُ بن عليٍّ وأُميَّةُ بن بِسْطامٍ وعُبيدُ الله بن معاذٍ عن مُعتمرِ بن سليمانَ عن أبيه عن الحسن به، وليس فيه ذِكْرُ الإمارة.

أخرجه مسلمٌ (١٦٥٢)، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٧/١٠ و"الكبرى" (٤٧٢٤)، وأبو عَوانةَ (٥٩٤٩) و(٥٩٥٠)، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٧٤)، والبيهقيُّ ١٠/٥٣، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢١/٢٤٥.

قال البَزّار: لا نعلَمُ رواه إلاّ المُعتمرُ عن أبيه. فرواية ابنِ عبد الأعلى على الوجهين تدلُّ على أنَّ له طريقين صحيحين.

وروى يوسفُ بن يعقوبَ السَّدوسيُّ ثنا سليمانُ التَّيميُّ عن الحسن عن عبد الرَّحمن بن سَمُرة به. أخرجه البيهقيُّ ١٠/٣١.

ورواه إسحاقُ (أو إسماعيلُ) بن عيسى وإبراهيمُ بن محمَّدِ بنِ ميمون عن داودَ بنِ الزِّبْرِقان عن مطر الورّاقِ وهشامٍ وسعيدٍ والمُباركِ عن الحسن به. أخرجه أبو عَوانةَ (٥٩٤٧)، والإسماعيليُّ في "معجمه" (٢٣٠)، وأبو بكرٍ الشّافعيُّ كما ذكَرَه ابنُ حجرٍ في "تغليق التَّعليق" ٥/٢١١.

وأخرجه ابنُ الأعرابيِّ في "معجمه" من طريق مطر الورّاق وهشامٍ وسعيدٍ عن قتادة.

ورواه هاشمُ بن القاسمِ وحسين بن محمَّد المَرُّوذِيّ والفَضْلُ بن دُكَين وأسدٌ وعبد الرَّحمن بن سلاّمٍ الجُمَحيُّ والحَجّاج بن المِنْهال عن المُبارك بنِ فَضالة عن الحسن به. زاد حسين: (حدَّثنا عبد الرَّحمن بنُ سَمُرة ونحنُ بكابُل...)

أخرجه أحمدُ ٥/٦٢ و٦٣، وأبو عَوانةَ (٥٩٤٥) و(٥٩٤٦)، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٨٩)، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٤٤٨٠)، والقُضاعيُّ في "مسند الشِّهاب" (٩٤٨).

ورواه جريرُ بن عبد الحميد عن منصور بن المُعتمر عن الحسن به. أخرجه النَّسائيُّ في "المجتبى" ٧/١١ في الأيمان، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٧٧)، والمحامليُّ (٥٠٣)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" كما ذكره ابنُ حجرٍ في "تغليق التَّعليق" ٥/٢١٠. قال البَزّار: لم يُسنِدْ منصورُ بن المُعتمر عن الحسن غيرَ هذا الحديث.

ورواه يحيى القَطّانُ وعثمانُ بن عمرَ ومحمَّد بن عبد الله الأنصاريُّ وأَشهَلُ بن حاتمٍ وابنُ أبي عَدِيٍّ والحسنُ ابن عبد الرَّحمن بنِ العريان عن ابن عَونٍ عن الحسن به. =

= أخرجه البخاريُّ (٦٧٢٢)، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ١١/٧ في الأيمان، و"الكبرى" (٥٩٣٠) و(٥٩٣٤)، وأحمدُ ٦٢/٥، وابنُ الجارود في "المنتقى" (٩٢٩) و(٩٩٨) مُقطَّعاً، وأبو عَوانةَ (٥٩٤١) و(٧٠١٣)، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٧٥)، والبيهقيُّ ١٠٠/١٠، وابن حجرٍ في "تغليق التَّعليق" ٢٠٧/٥ ـ ٢٠٨.

قال البخاريُّ: تابعه [عثمانَ] أشهَلُ عن ابن عَونٍ. وتابعه يونُسُ وسِماكُ بن عطيَّة وسِماكُ بن حربٍ وحُميدٌ وقتادةُ ومنصورٌ وهشامٌ والرَّبيعُ. أمّا قولُ البَزّار: حديثُ ابن عَونٍ وصلَهُ الحسنُ بن عبد الرَّحمن، ورواه ابنُ أبي عَديٍّ عنه مُرسَلاً، فيُوهِمُ أنَّه تفرَّد بوصْلِه، وهذا غيرُ صحيحٍ، فالمُتابعاتُ له كثيرةٌ كما تقدَّم. وروايةُ أحمدَ عن ابنِ أبي عَديٍّ موصولةٌ.

نعم، رواه أزهَرُ السَّمّانُ عن ابن عَونٍ عن الحسن مُرسَلاً. أخرجه محمَّد بن خَلَفٍ "وكيعٌ" ٦٥/١.

ورواه أبو عاصم عن سَهْلٍ السَّرّاجِ عن الحسن به. أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٨٢). ثمَّ قال: لم يُسنِدْ سَهْلٌ السَّرّاجُ عن الحسن غيرَ هذا الحديث، ولا نعلَمُ رواه عن سَهْلٍ إلاّ أبو عاصمٍ.

ورواه عليُّ بن بكرٍ ومحمَّدُ بن عبد الملك عن بكرِ بن بكّارٍ ثنا أبو حُرَّةَ عن الحسن به. أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٨٦)، ومحمَّدُ بن خَلَف "وكيعٌ" ٦٤/١.

ورواه أبو شعيبٍ الحَرّانيُّ عن عليِّ بن المَدينيِّ عن يحيى بن سعيدٍ عن أشعثَ ـ يعني: ابنَ عبد الملك ـ عن الحسن به. أخرجه أبو نُعيمٍ في "حلية الأولياء" ٣٨٧/٨.

ورواه عبدُ الأعلى وسعيدُ بن عامرٍ ويوسفُ بن حمّادٍ عن سعيدِ بن أبي عَروبةَ عن قتادةَ عن الحسن به.

أخرجه مسلمٌ (١٦٥٢)، وأبو داودَ (٣٢٧٨)، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ١٠/٧، و"الكبرى" (٤٧٢٦)، والبَزّارُ في "البحر الزَّخّار" (٢٢٨٣)، وابنُ أبي عاصمٍ في "الآحاد والمثاني" (٥٦٨)، والبيهقيُّ ٥٣/١٠. وأبو نُعيمٍ عن الطَّبرانيِّ، وابنُ أبي عاصمٍ، ومِن طريقهم ابنُ حَجَرٍ في "تغليق التَّعليق" ٢١٠/٥. وروايةُ عبد الأعلى في اليمين فقط عند النَّسائيِّ.

قال البَزّارُ: إنَّما يُحفَظُ مِن حديث سعيدٍ عن قتادة.

وخالَفَه مَعمرٌ فرواه عن قتادةَ وغيرِهِ عن الحسن ((أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال لعبد الرَّحمن بن سَمُرة: لا تسأَلِ الإمارةَ...)) مُرسَلاً، أخرجه عبدُ الرَّزّاق (٢٠٦٥٤).

ورواه عبدُ العزيز بن المُطَّلب بنِ عبد الله عن ابن شُبْرُمةَ عن إسماعيلَ بنِ أبي خالدٍ عن الحسن أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال لعبد الرَّحمن ...به مُرسَلاً. أخرجه أبو عَوانةَ (٥٩٤٨)، ومحمَّدُ بن خَلَفٍ المعروفُ بوكيعٍ في "أخبار القضاة" ٦٣/١ ـ ٦٤, بينما رواه ابنُ فُضيلٍ عن إسماعيلَ بن أبي خالدٍ عن الحسن عن سَمُرة به. أخرجه أبو عَوانةَ (٧٠١٤).

ورواه غسّانُ بن الرَّبيع حدثنا أبو زيدٍ ثابتُ بن يزيدَ عن أبي عامرٍ صالحِ بن رُستمَ الخَزّازِ عن الحسن وابن سيرينَ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال لعبد الرَّحمن بن سَمُرة ...

أخرجه أبو عَوانةَ (٧٠١٥)، والإسماعيليُّ في "معجمه" (٢٥٩). قال ابنُ حَجَرٍ في "إتحاف المهرة" (١٣٤٨٧): أرسَلَه أبو عامرٍ وحده.

ورواه محمَّدُ بن بِشرٍ وأبو داودَ الحَفَريُّ عن مِسْعرٍ عن عليِّ بن زيدٍ عن الحسن به.

أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ ٤٨٢/٣ و٥٦٨/٧ وعنه ابنُ أبي عاصمٍ في "الآحاد والمثاني" (٥٦٩)، وأبو عَوانةَ (٥٩٤٢)، والبَزّارُ في "البحر الزَّخّار" (٢٢٨٤)، ومحمَّدُ بن خَلَفٍ "وكيعٌ" ٦٤/١. =

= قال البَزّار: ورواه عن عليٍّ بن زيدٍ مِسْعرٌ وزهيرُ بن معاويةَ، ولا نعلَمُ رواه عن مِسْعرٍ إلاّ محمَّدُ بنُ بِشرٍ وأبو داودَ الحَفَريَّ. قال أبو عَوانةَ: رواه ابنُ جُريجٍ عن عليٍّ بن زيدٍ.

ورواه وَهْبُ بن إبراهيمَ عن عليٍّ بنِ قادمٍ ثنا مِسْعرٌ عن أبانَ بنِ تغلبَ عن الحسن بـه. أخرجـه أبـو نُعيـمٍ في "الحلية" ٧/٢٣٠. ثمَّ قال: غريبٌ مِن حديث مِسْعرٍ، تفرَّدَ به عليٌّ والفَضْلُ بن الموفَّق.

ورواه أبو أسامةَ عن عَوف بن أبي جميلة وإسماعيلَ بنِ مسلمٍ عن الحسن به. أخرجه أبـو عَوانـةَ (٥٩٤٣)، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٨٥)، والمحامليُّ (٥٠٤)، والإسـماعيليُّ في "معجمـه" (٢٥٨). قـال البَزّار: إنَّما يُحفَظُ ذلك مِن حديث أبي أسامةَ.

ورواه عبدُ الرَّحمن بن عثمانَ أبو بحرٍ عن عَوف عن الحسن عن عبد الرَّحمن بن سَمُرة به.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (١٣٣٥)، ثمَّ قال: لم يَروِه عن عَوف إلاّ أبو بحرٍ. [وقَعَ سقطٌ في المطبوع].

ورواه إبراهيمُ بن إسماعيلَ السُّوطيُّ ثنا جعفرُ بن عيسى الحسنيُّ ثنا سفيانُ بن حبيبٍ أخبرنا عَوف عن الحسن به. أخرجه الخطيبُ في "تاريخه" ٧/١٦١. وجعفرٌ: قال أبو زُرعةَ: صدوقٌ، وقال أبو حاتم: جَهْميٌّ ضعيفٌ.

ورواه وكيعٌ وأسودُ بن عامرٍ وشَبَابةٌ عن الرَّبيع بن صَبيح عن الحسن به. أخرجه الخَـلاّل في "السُّـنَّة" (٦٨)، وأبو عَوانةَ، وأبو القاسم بنُ بشرانَ وعنهما ابنُ حَجَرٍ في "تغليق التَّعليق" ٥/٢١٢ و٢١٣.

ورواه عليُّ بن عبد العزيز عن مسلم بن إبراهيمَ عن قُرَّةَ بنِ خالدٍ والمُبارِكِ بن فَضالة والرَّبيع بنِ صَبيح قالوا: ثنا الحسن به. أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" كما ذكره ابنُ حَجَرٍ في "تغليق التَّعليق" ٥/٢١٢. ورواه محمَّد بـن المؤمَّـل ومحمَّـد بـن عليٍّ الورّاقُ وأحمد بن زهيرٍ عن مسلم بن إبراهيمَ عن قُرَّةَ بن خالدٍ عن الحسن به. أخرجـه البَزّار في "البحـر الزَّخّـار" (٢٢٨٧)، والبيهقيُّ ١٠/٥٢ ـ ٥٣، وابن عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢١/٢٤٦. قال البَزّار: لا نعلمُ أحداً رواه إلاّ مسلمٌ عنه.

ورواه يزيدُ بن هارونَ وإسحاقُ بن يوسفَ وابنُ الأصبهانيِّ عن شَريكٍ عن سِماك بنِ حربٍ عن الحسن به. أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٧٩)، ومحمَّد بن خَلَفٍ "وكيعٌ" ١/٦٥. قال البَزّار: لم يَروِه إلاّ شَريكٌ.

ورواه الصَّلتُ بن مسعودٍ الجَحدَريُّ ثنا سفيانُ عن إسرائيلَ أبي موسى عن الحسن به.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٨٢٨٨)، ثمَّ قال: لم يَروِه عن إسرائيلَ إلاّ سفيانُ بن عُيينةَ تفرَّدَ به الصَّلـتُ ابن مسعودٍ اهـ. وأبو موسى: هو إسرائيلُ بن موسى، شيخٌ فيه لِينٌ، وثقَّه ابن مَعينٍ وأبـو حـاتمٍ، وزاد أبـو حـاتمٍ: لا بأسَ به، وقال النسائي: ليس به بأس، ووقع في المطبوع من "الأوسط" (إسرائيل عن أبي موسى) وهذا خطأٌ.

ورواه عبد العزيز بن موسى اللاّحُونيُّ ثنا يزيدُ بن زُرَيعٍ عن خالدٍ الحَذّاء عن الحسن به.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (١٤)، ثمَّ قال: لم يَروِه عن خالدٍ إلاّ يزيدُ تفرَّدَ به عبد العزيز.

ورواه عبد الوهّاب بنُ الضَّحّاك ثنا إسماعيلُ بن عَيّاش عن الوليد بن عُبادة عن عُرْفُطةَ عن الحسن به.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (١٥)، وابن عَدِيٍّ في "الكامل" ٧/٨٤.

قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِه عن عُرْفُطةَ إلاّ الوليـدُ بـن عُبـادة، ولا عـن الوليـد إلاّ إسـماعيلُ بـن عَيّـاش تفـرَّدَ بـه عبد الوهّاب بنُ الضَّحّاك.

ورواه القاسمُ وعيسى ابنا مُساورٍ عن سُويد عن سفيانَ بنِ حسين عن الحسن عن عبد الرَّحمن بن سَـمُرة بـه. أخرجـه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٥٩٠). وقال: لم يَروِه عن سفيانَ بنِ حسين إلاّ سُويدٌ، تفرَّدَ به ابنا المُساور. =

ـ ورواه يزيدُ بن هارونَ قال أخبرنا زياد الجصاص وهو زياد بن أبي زياد عن الحسن به. أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٩٠)، ثم قال: لا نحفَظُه إلاّ من حديث يزيدَ بنِ هارونَ عنه.

ورواه محمَّد بن إسماعيلَ الكوفيُّ عن يزيدَ بنِ إبراهيمَ التُّسْتَريِّ عن الحسن به. أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٩١)، ثمَّ قال: لا نحفَظُه إلاّ من حديث محمَّد بنِ إسماعيلَ الكوفيِّ عنه.

وخالَفه سَهْلُ بن بكّارٍ فرواه عن يزيدَ بنِ إبراهيمَ عن الحسن: ((أنَّ رسولَ الله قال لعبد الرَّحمن بن سَمُرة ...)) مرسلاً. أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٢٥٨٦).

وروى الخليل بن سعيدٍ الأُبُلِّيُّ ثنا عمرُ بن أبي عثمانَ عن عمرِو بن عُبيدٍ وواصلِ بن عطاءٍ الغزّال عن الحسن عن عبد الرَّحمن بن سَمُرة قال: قال رسولُ الله ﷺ: ((يا عبدَ الرَّحمن لا تسألِ الإمارةَ ...)). أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٧١٠٥)، ثمَّ قال:لم يَروِ هذا الحديثَ عن واصلِ بن عطاءٍ إلاّ عِمرانُ بنُ أبي عثمانَ، تفرَّدَ به الخليلُ بن سعيد.

ورواه حكيمُ بن سيفٍ عن عُبيد الله بن عمرَ الرَّقِّيِّ عن عمرِو بن عُبيدٍ عن الحسن به.

أخرجه ابن عَدِيٍّ في"الكامل" ١٠٨/٥، والصَّيداويُّ في "معجمه" (١٧٨).

وروى قُرَّةُ بن حبيبٍ عن السَّريِّ بن يحيى عن الحسن به. أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٢٩٢)

قال البَزّار: لا نحفَظُه إلاّ من حديث قُرَّةَ بنِ حبيب.

ورواه يعقوبُ بن حُميدٍ ثنا إسحاقُ بن إبراهيمَ عن صفوانَ بنِ سُليم عن الحسن به. أخرجه الصَّيداويُّ في "معجمه" (١٧٦) في ترجمة إبراهيمَ بنِ محمَّد المِصِّيصيِّ.

ورواه عبد الله بنُ عمرَ بنِ أبانَ ثنا أبو يحيى التَّيميُّ إسماعيلُ بن إبراهيمَ عن الأعمش عن إسماعيلَ بنِ مسلمٍ عن الحسن به.

أخرجه محمَّد بنُ خَلَفٍ "وكيعٌ" ٦٤/١، والخطيبُ في "تاريخ بغداد" ١٨٩/٤ و٤٦٠/٨، ثمَّ قال: تفرَّدَ به أبو يحيى عن الأعمش.

ورواه أحمد بن موسى الضَّبِّيُّ ثنا أبو الجوَّاب ثنا عمّار بن رُزيق عن إسماعيلَ بنِ مسلمٍ عن الحسن البَصريِّ قال: ((غَزَوتُ مع عبد الرَّحمن بنِ سَمُرةَ سِجِسْتانَ ....قال: وقال عبدُ الرَّحمن بنُ سَمُرةَ: قال لي رسولُ الله...)) فذكره. أخرجه الخطيبُ في "تاريخه" ٢٢٨/٤ و٤٦٠/٨.

وروي عن محمد بن عجلان وجرثومة بن عبد الله وأبو سلم بن أبي الذَّيال وحماد بن نجيح وغيرهم عن الحسن به. أخرجه السهميُّ في "تاريخ جرجان" (١٠٢) و(٢٣٧) و(٢٧٦) و(٢٧٩) و(٢٨٠) و(٥٨٩) و(٦٣٦) و(٦٦٩) و(٩٣٥).

ورواه عبد الصَّمد بنُ عبد العزيز ثنا جسرُ بن فَرْقَد عن الحسن به. أخرجه أبو الشَّيخ في "الطَّبقات" (٩١٦) ـ وعنه أبو نُعَيم في "أخبار أصبهان" ٢٦٨/٢، والخطيبُ في "تاريخ بغداد" ٤٥٠/١٢ ـ ٤٥١.

ورواه سعيدُ بن سليمانَ ثنا أبو حمزةَ العَطّارُ عن الحسن به. أخرجه أبو الشَّيخ في "الطَّبقات" (١٠٣٦). وأبو حمزةَ العَطّارُ: إسحاقُ بنُ الرَّبيع البَصريُّ.

ورواه عبدُ الوهّاب بنُ نجدةَ الحَوطيُّ ثنا خالدُ بنُ يزيدَ القَسْريُّ عن وائل بنِ داودَ عن الحسن به.

ورواه أبو بلال الأشعريُّ ثنا شبيبُ بن شَيبةَ البَصريُّ ثنا الحسن به نحوَه.

أخرجهما تَمّام في "الفوائد" كما في "الرَّوض البسّام" (٩٠٤) و(٩٠٥).

بقلبِهِ (ولا يَسأَلُهُ بلسانِهِ). في "الخلاصة"[(١)]: ((طالِبُ الوِلايةِ لايُولَّى إلاّ إذا تعيَّنَ عليه القضاءُ))،

وإذا كان كذلك وجَبَ أنْ لا يَحِلَّ له؛ لأنَّه معلومٌ وقوعُ الفسادِ مِنه؛ لأنَّه مخذولٌ، "فتح"[(٢)] مُلخَّصاً.

[٢٦٠٢٠] (قولُهُ: بقلبِهِ) أرادَ بهذا أنْ يُفرِّقَ بينَ الطَّلبِ والسُّؤالِ، فالأوَّلُ للقلبِ، والثّاني للِّسانِ كما في "المستصفى"[(٣)]، وتمامُهُ في "النَّهر"[(٤)].

[٢٦٠٢١] (قولُهُ: في "الخلاصة" إلخ) أفادَ أنَّه كما لا يَحِلُّ الطَّلبُ لا تَحِلُّ التَّوليةُ كما في "النَّهر"[(٥)]، وأنَّ ذلك لا يَختصُّ بالقضاءِ، بل كلِّ وِلايةٍ ولو خاصَّةً كوِلايةٍ على وقفٍ أو يتيمٍ، فهي كذلك كما في "البحر"[(٦)].

[٢٦٠٢٢] (قولُهُ: إلاّ إذا تعيَّنَ عليه القضاءُ إلخ) استثناءٌ مِمّا في "المتن" ومِمّا في "الخلاصة"، أمّا إذا تعيَّنَ بأنْ لم يكنْ أحدٌ غيرُهُ يصلُحُ للقضاءِ وجَبَ عليه الطَّلبُ؛ صيانةً لحُقوقِ المسلمينَ ودَفْعاً لظُلمِ الظّالمينَ، ولم أرَ حُكمَ ما إذا تعيَّنَ ولم يُولَّ إلاّ بمالٍ، هل يَحِلُّ بَذْلُهُ؟ وكذا لم أرَ جوازَ عَزْلِهِ، وينبغي أنْ يَحِلَّ بَذْلُهُ للمالِ كما حَلَّ طلبُهُ، وأنْ يحرُمَ عَزْلُهُ حيثُ تعيَّنَ وأنْ لا يَصِحَّ، "بحر"[(٧)]. قال في "النَّهر"[(٨)]: ((هذا ظاهرٌ في صحَّةِ توليتِهِ، وإطلاقُ "المصنِّف"[(٩)] ـ يعني قولَهُ: ولو أَخَذَ القضاءَ بالرِّشوةِ لا يصيرُ قاضياً ـ يَردُّهُ. وأمّا عَدَمُ صحَّةِ عَزْلِهِ فممنوعٌ، قال في "الفتح"[(١٠)]: للسُّلطانِ أنْ يَعزِلَ القاضيَ بريْبةٍ وبلا ريْبةٍ، ولا يَنعزِلُ حتّى يَبلُغَهُ العَزْلُ اهـ. نَعَمْ، لو قيلَ: لا يَحِلُّ عَزْلُهُ في هذه الحالةِ لم يَبعُدْ كالوصيِّ العَدْلِ)) اهـ.

---

(١) "الخلاصة": كتاب الوقف ـ الفصل الثاني في نصب المتولّي ق٣٢٢/ب.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٤/٦، وفيه: ((محذور)) بدل ((مخذول)).

(٣) "المستصفى": لأبي البركات حافظ الدين النسفي (ت٧١٠هـ)، وتقدمت ترجمته ١٩٦/١.

(٤) انظر "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/ب.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/ب.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٢٩٨/٦ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٢٩٧/٦ ـ ٢٩٨.

(٨) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٧/ب.

(٩) أي: صاحب "الكنز".

(١٠) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٥/٦.

أو كانتِ التَّوليةُ مشروطةً له،..........................

قلتُ: وأيضاً حيثُ تعيَّنَ عليه يَخرُجُ عن عُهْدةِ الوجوبِ بالسُّؤالِ، فإذا منَعَهُ السُّلطانُ أَثِـمَ بالمنعِ؛ لأنَّه إذا منَعَ الأَولى وولَّى غيرَهُ يكونُ قد خانَ اللهَ ورسولَهُ وجماعةَ المسـلمينَ كمـا مـرَّ[1] في الحديثِ، وإذا منَعَهُ لم يَبقَ واجباً عليه، فبأيِّ وجهٍ يَحِلُّ له دَفْعُ الرِّشوةِ؟ وقد قال بعضُ عُلمائنا: إنَّ فَرْضيَّةَ الحَجِّ تسقُطُ بدَفْعِ الرِّشوةِ إلى الأعرابِ كما قدَّمناهُ[2] في بابِهِ، فهذا أَولى كما لا يخفَى. وأمّا صِحَّةُ عَزْلِهِ فظاهرةٌ؛ لأنَّه وكيلٌ عن السُّلطانِ، وإثْمُهُ بعَزْلِهِ لا يلزَمُ مِنه عَدَمُ صحَّةِ العَـزْلِ كـالوصيِّ العَدْلِ المنصوبِ مِن جهةِ القاضي، وأمّا المنصوبُ مِن جهةِ الميْتِ فالمعتمَدُ عَـدَمُ صحَّـةِ عَزْلِـهِ، لكـنَّ الفرقَ بينَه وبينَ ما نحن فيه أنَّ الوصيَّ خليفةُ الميْتِ، فليس للقاضي عَزْلُهُ، وأمّا القاضي فهـو خليفـةٌ عنِ السُّلطانِ، وولايتُهُ مُستمَدَّةٌ مِنه، فله عَزْلُهُ كوصيِّ القاضي، هذا ما ظهَرَ لي. ٣٠٦/٤

[٢٦٠٢٣] (قولُهُ: أو كانتِ التَّوليةُ مشروطةً له) ذكَرَهُ في "النَّهر"[3] بحثـاً مُعلِّـلاً: ((لأنَّـه حينئذٍ يَطلُبُ تنفيذَ شرطِ الواقفِ)) اهـ.

قلتُ: وهذا في الحقيقةِ ليس طالباً مِن القاضي أنْ يُولِّيَهُ؛ لأنَّـه مُتَـولٌّ بالشَّـرطِ، بـل يُريـدُ إثباتَ ذلك في وجهِ مَن يُعارِضُهُ، ومثلُهُ وصيُّ الميْتِ إذا أرادَ إثباتَ وِصايتِهِ. وبهذا سقَطَ قولُهُ في

(قولُهُ: قلتُ: وأيضاً حيثُ تعيَّنَ عليه يَخرُجُ عن عُهْدةِ الوجوبِ بالسُّؤالِ إلخ) فيه تأمُّلٌ، فإنَّه ليس أصلُ بحثِ "البحر" في أنَّه لا يَخرُجُ عنِ العُهْدةِ إلاّ ببَذْلِ المالِ، بل في حِلِّ بَذْلِهِ لأجْلِ التَّقليدِ، وأنت خبيرٌ بأنَّهم جوَّزُوا البَذْلَ لدَفْعِ الظُّلمِ الجزئيِّ عن نفسِهِ، فبالأَولى أنْ يُجوِّزُوهُ لدَفْـعِ الظُّلـمِ العـامِّ الـذي يَـترتَّبُ على توليةِ غيرِ الأهلِ، وهذا ليس مِن الرِّشوةِ المحرَّمـةِ علـى الدّافعِ، وليسـت داخلـةً في قولِهـم: ((أخَـذَ القضاءَ برِشوةٍ))؛ إذِ المرادُ المحرَّمةُ كما هو ظاهرٌ.

---

(١) المقولة [٢٦٠٠٧] قوله: ((وينبغي أنْ يكونَ إلخ)).

(٢) المقولة [٩٦١١] قوله: ((مِن المَكْسِ والخِفَارةِ)).

(٣) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/ب.

أوِ ادَّعَى أنَّ العَـزْلَ مِـن القـاضي الأوَّلِ بغيرِ جُنحـةٍ، "نهـر"[١]، قـال[٢]: ((واسـتَحَبَّ الشّافعيَّةُ والمالكيَّةُ[٣] طلَبَ القضاءِ لخاملِ[٤] الذِّكرِ؛ لنشرِ العِلـمِ[٥])). (ويُختـارُ) المقلِّـدُ (الأَقْدَرُ والأَولى به، ....

"البحر"[٦]: ((إنَّ ظاهرَ كلامِهم أنَّه لا تُطلَبُ التَّوليةُ على الوقفِ ولو كانت بشـرطِ الواقـفِ له لإطلاقِهم)) اهـ.

[٢٦٠٢٤] (قولُهُ: أوِ ادَّعَى إلخ) أي: فإنَّ له طلَـبَ العَـودِ مِـن القـاضي الجديـدِ، وحـينَ ذلك يقولُ له القاضي: أَثبِتْ أنَّك أهلٌ للوِلايةِ، ثمَّ يُولِّيهِ، نصَّ عليه "الخصّافُ"[٧]، "نهر"[٨].

[٢٦٠٢٥] (قولُهُ: لخاملِ الذِّكرِ) هو بالخاءِ المعجمةِ: غيرُ المشهورِ.

[٢٦٠٢٦] (قولُهُ: ويُختارُ المقلِّدُ) بصيغةِ اسمِ الفاعلِ. وقدَّمنا[٩] قبيلَ قولِهِ: ((وشـرطُ أهليَّتِهـا)) عن "الفتح": ((مَن له وِلايةُ التَّقليدِ)).

والظّاهرُ: أنَّ هذا الاختيارَ واجبٌ؛ لئلاّ يكونَ خائناً للهِ ورسولِهِ وعامَّةِ المؤمنـينَ كمـا مرَّ[١٠] في الحديثِ.

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/ب.

(٢) أي: صاحب "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/ب، ناقلاً مذهب الشافعية عـن "الدراية"، ومذهـب المالكيـة عـن "مختصر الخليل" رحمه الله تعالى.

(٣) انظر "روضة الطالبين": كتاب القضاء ـ الباب الأول في التولية والعزل صـ١٩٠٤ـ، و"مواهب الجليل شرح مختصر الخليل": باب الأقضية ١٠٢/٦.

(٤) في "ط": ((لحامل)) بالحاء المهملة، وهو خطأ.

(٥) في "و": ((نشراً للعلم)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٢٩٨/٦.

(٧) انظر "أحكام الأوقاف": باب الرجل يقف الأرض على قوم بأعيانهم ومن بعدهم إلخ ـ مطلب: يستحق القيّم مـا شرطه له الواقف إلخ صـ٣٤٨ـ.

(٨) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/ب، وذكر بأنَّ هذا خاصٌّ في تولية الوقف.

(٩) المقولة [٢٥٩٣٦] قوله: ((ليَحكُمَ بينَ أهلِ الذِّمَّةِ)).

(١٠) المقولة [٢٦٠٠٧] قوله: ((وينبغي أنْ يكونَ إلخ)).

ولا يكونُ فَظّاً غليظاً، جبّاراً عنيداً)؛ لأنّه خليفةُ رسولِ اللهِ ﷺ، وفي إطلاقِ اسمِ ((خليفةِ اللهِ)) خلافٌ، "تتارخانيَّة". (وكُرِهَ) تحريماً (التَّقلُّدُ[1]) أي: أَخْذُ القضاءِ (لِمَن خافَ الحَيْفَ) أي: الظُّلمَ (أوِ العَجْزَ)، ....

[٢٦٠٢٧] (قولُهُ: ولا يكونُ فَظّاً إلخ) الفَظُّ: هو الجافي سيِّئُ الخُلُقِ، والغليظُ: قاسي القلبِ، والجبّارُ: مِنْ جبَرَهُ على الأمرِ بمعنى أَجبَرَهُ، أي: لا يُجبرُ غيرَهُ على ما لا يُريدُ. والعنيدُ: المعانِدُ [٣/ق٢٠٠/أ] المجانِبُ للحَقِّ، المعادي لأهلِهِ، "بحر"[2] عن "مسكين"[3].

[٢٦٠٢٨] (قولُهُ: لأنّه خليفةُ رسولِ اللهِ ﷺ) أي: في إمضاءِ الأحكامِ الشَّرعيَّةِ.

[٢٦٠٢٩] (قولُهُ: أي: أَخْذُ القضاءِ) هذا يُناسبُ كونَ العبارةِ ((التَّقلُّدُ))، قال في "البحر"[4]: ((وهما نُسختانِ ـ أي: في "الكنز" ـ التَّقليدُ، أي: النَّصبُ مِن السُّلطانِ. والتَّقلُّدُ، أي: قَبُولُ تقليدِ القضاءِ، وهي الأَولى)) اهـ. وهي التي شرَحَ عليها "المصنِّف"، وقال أيضاً[5]: ((إنَّها أَولى)).

قلتُ: ويمكنُ إرجاعُ الأُولى إلى الثّانيةِ بتقديرِ مُضافٍ، أي: قَبُولُ التَّقليدِ، وهو معنى قولِ "الشّارحِ"، أي: ((أَخْذُ القضاءِ)).

[٢٦٠٣٠] (قولُهُ: لِمَن خافَ الحَيْفَ) فلو كان غالِبُ ظنِّهِ أنَّه يَجُورُ في الحُكمِ ينبغي أنْ يكونَ حراماً، "بحر"[6].

[٢٦٠٣١] (قولُهُ: أوِ العَجْزَ) يحتمِلُ أنْ يُرادَ به العَجْزُ عن سماعِ دعاوى كلِّ الخُصومِ، بأنْ قدَرَ على البعضِ فقط، وأنْ يُرادَ العَجْزُ عن القيامِ بواجباتِهِ، مِن إظهارِ الحَقِّ، وعَدَمِ أَخْذِهِ الرِّشوةَ، فعلى الأوَّلِ هو مُباينٌ، وعلى الثّاني أعمُّ، تأمَّلْ.

---

(١) في "د" و"و": ((التقليد)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٧.

(٣) "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء صـ١٩٦ـ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/ ٢٩٤.

(٥) "المنح": كتاب القضاء ٢/٥٣/ب.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/ ٢٩٤.

يكفي أحدُهما في الكراهةِ، "ابن كمال"، (وإنْ تعيَّنَ له، أو أَمِنَهُ لا) يُكـرَهُ، "فتـح"[١].
ثمَّ إنِ انحصَرَ فُرِضَ عَيْناً، وإلاّ كفايةً، "بحر"[٢]. ....

[٢٦٠٣٢] (قولُهُ: "ابن كمال") أي: نقلاً عن "القُدُوريِّ"[٣].

مطلبٌ: للسُّلطانِ أنْ يقضيَ بينَ الخصمين

[٢٦٠٣٣] (قولُهُ: وإنْ تعيَّنَ له) أي: مع خوفِ الحَيْفِ، قال في "الفتح"[٤]: ((ومَحلُّ الكراهةِ ما إذا لم يَتعيَّنْ عليه، فإنِ انحصَرَ صار فَرْضَ عَيْنٍ عليه، وعليه ضَبْطُ نفسِهِ، إلاّ إذا كان السُّلطانُ يمكنُ أنْ يَفصِلَ الخصوماتِ ويَتفرَّغَ لذلك)) اهـ. وهذا صريحٌ في أنَّ للسُّلطانِ أنْ يقضيَ بينَ الخصمين، وقدَّمنا[٥] التَّصريحَ به عن "ابنِ الغَرْسِ" عندَ قولِهِ: ((وحاكمٌ))، قال "الرَّمليُّ": وفي "الخلاصة"[٦]: ((وفي "النَّوازل": أنَّه لا يَنفُذُ. وفي "أدب القاضي" لـ"الخصّاف"[٧]: يَنفُذُ. وهو الأصحُّ، وقال القاضي الإمام: يَنفُذُ. وهذا أصحُّ، وبه يُفتى)) اهـ.

(تنبيهٌ)

لو تعيَّنَ عليه هل يُجبَرُ على القَبُولِ لو امتنَعَ؟ قال في "البحر"[٨]: ((لم أَرَهُ، والظّاهرُ نَعَمْ، وكذا جوازُ جَبْرِ واحدٍ مِن المتأهِّلينَ)) اهـ.

لكنْ صرَّحَ في "الاختيار"[٩]: ((بأنَّ مَن تعيَّنَ له يُفترَضُ عليه، ولو امتنَعَ لا يُجبَرُ عليه)).

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٣ بتصرف.
(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/ ٢٩٤.
(٣) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب أدب القاضي ٤/٧٨ بتصرف.
(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٣ بتصرف.
(٥) المقولة [٢٥٩٣٢] قوله: ((وحاكمٌ)).
(٦) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي ق٢٠١/أ بتصرف، وفيها بعد أسطر: ((الكل في "شرح الجامع الصغير" للقاضي الإمام فخر الدين خان رحمه الله)).
(٧) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والأربعون في القاضي يستخلف رجلاً وما يجوز له من ذلك ٣/١٥٨.
(٨) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/ ٢٩٤.
(٩) "الاختيار": كتاب أدب القاضي ٢/٨٤.

(والتَّقلُّدُ[١] رُخصةٌ) أي: مُباحٌ (والتَّركُ عزيمةٌ عندَ العامَّةِ) "بزّازيَّة"[٢]، فالأَولى عَدَمُهُ.

[٢٦٠٣٤] (قولُهُ: والتَّقلُّد) أي: الدُّخولُ فيه عندَ الأَمْنِ وعَدَمِ التَّعيُّنِ.

[٢٦٠٣٥] (قولُهُ: والتَّركُ عزيمةٌ إلخ) هو الصَّحيحُ كما في "النَّهر"[٣] عن "النِّهايـة"، وبـه جزَمَ في "الفتح"[٤] مُعلِّلاً: ((بأنَّ الغالبَ خطَأُ ظَنِّ مَن ظَنَّ مِـن نفسِـهِ الاعتـدالَ، فيظهَـرُ مِنـه خلافُهُ)). وقيل: إنَّ الدُّخولَ فيه عزيمةٌ والامتناعَ رُخصةٌ، فالأَولى الدُّخولُ فيه.

مطلبٌ: ما كان فَرْضَ كفايةٍ يكونُ أدنَى فعلِهِ النَّدبُ

قال في "الكفاية"[٥]: ((فإنْ قيل: إذا كان فَرْضَ كفايةٍ كان الدُّخولُ فيه مندوباً لما أنَّ أدنَى درَجاتِ فَرْضِ الكفايةِ النَّدبُ كما في صلاةِ الجنازةِ ونحوِها، قُلنا: نَعَمْ كذلـك إلاّ أنَّ فيـه خطَـراً عظيماً وأمراً مَخُوفاً لا يَسلَمُ في بحرِهِ كلُّ سابحٍ، ولا يَنجُو مِنـه كـلُّ طامحٍ إلاّ مَن عصَمَـهُ اللّـهُ تعالى، وهو عزيزٌ وجودُهُ[٦])).

مطلبٌ: "أبو حنيفةَ" دُعِيَ إلى القضاءِ ثلاثَ مرّاتٍ فأبَى

ألا ترَى أنَّ "أبا حنيفةَ" دُعِيَ إلى القضـاءِ ثـلاثَ مـرّاتٍ فـأبَى، حتّـى ضُـرِبَ في كـلِّ مـرَّةٍ ثلاثينَ سوطاً، فلمّا كان في المرَّةِ الثّالثةِ قال: حتّى أستشيرَ أصحابي، فاستشارَ "أبا يوسفَ" فقال: لو تقلَّدتَ لنفَعتَ النّاسَ، فنظَرَ إليه "أبو حنيفةَ" رحِمَهُ اللهُ نظَرَ المُغضَبِ، وقال: أَرأيتَ لو أُمِـرتُ أنْ أَعبُرَ البحرَ سباحةً أَكنتُ أَقدِرُ عليه؟! وكأنِّي بك قاضياً، وكذا دُعِيَ "محمَّدٌ" رحِمَـهُ اللّـهُ إلى القضاءِ فأَبَى حتّى قُيِّدَ وحُبِسَ، واضطرَّ فتقَلَّدَ)) اهـ.

---

(١) في "و": ((والتقليد)).

(٢) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الأول في التقليد ٥/١٣٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/ب.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٣.

(٥) "الكفاية": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٢ (ذيل "فتح القدير").

(٦) في "آ": ((عزيز الوجود)).

(ويَحرُمُ على غيرِ الأهلِ الدُّخولُ فيه قَطْعاً) مِن غيرِ تَردُّدٍ في الحُرمةِ، ففيه الأحكامُ الخمسةُ.

[٢٦٠٣٦] (قولُهُ: ويَحرُمُ على غيرِ الأهلِ) الظّاهرُ أنّه ليس المرادُ بـالأهلِ هنـا مـا مـرَّ[1] في قولِهِ: ((وأهلُهُ أهلُ الشَّهادةِ))؛ لأنَّ المرادَ به مَن تَصِحُّ توليتُهُ ولو فاسقاً، أو جـائراً، أو جـاهلاً، مع قَطْعِ النَّظرِ عن حِلِّهِ أو حُرمتِهِ، بلِ المرادُ به هنا ما مرَّ[2] في قولِهِ: ((وينبغي أنْ يكونَ مَوثوقاً به في عَفافِهِ، وعقلِهِ إلخ))، ويُحتمَـلُ أنْ يُـرادَ بـه الجـاهلُ، تـأمَّلْ. وفي "الفتـح"[3]: ((وأخـرَجَ "أبو داودَ" عن [ابن] بُريدةَ[4] عن أبيهِ قال: قال رسولُ اللهِ ﷺ: ((القضاةُ ثلاثةٌ، اثنـانِ في النّـارِ وواحدٌ في الجنَّةِ: رجلٌ عرَفَ الحَقَّ فقضَى به فهو في الجنَّةِ، ورجـلٌ عـرَفَ الحَـقَّ فلـم يَقْـضِ[5] وجارَ في الحُكمِ فهو في النّارِ، ورجلٌ لم يَعرِفِ الحَقَّ فقضَى للنّاسِ على جهلٍ فهو في النّارِ[6]))).

---

(١) صـ٢٥٧ـ "در".

(٢) صـ٢٩١ـ وما بعدها "در".

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٤.

(٤) ما بين منكسرين ليس في النسخ جميعها، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لما في أبـي داود ومصـادر ترجمـة ابـن بريـدة، فاسمه: عبد الله، وكنيته: أبو سهل. انظر "سير أعلام النبلاء" ٥/٥٠، "تهذيب التهذيب" ٥/١٥٧.

(٥) في "آ": ((فلم يقض به)).

(٦) روى سعيدُ بن منصورٍ ومحمَّدُ بن حسّانَ السَّمتيُّ وإسماعيلُ بن تَوبةَ عن خَلَف بنِ خليفة عن أبي هاشمٍ الرُّمّانيِّ عـن ابن بُرَيدةَ عن أبيه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: ((القُضاةُ ثلاثةٌ: واحدٌ في الجنَّة واثنان في النّار، فأمّا الذي في الجنَّة فرجلٌ عـرَفَ الحَقَّ فقضَى به، ورجلٌ عرَفَ الحَقَّ فجارَ في الحُكم فهو في النّار، ورجلٌ قضَى للنّاس على جَهْلٍ فهو في النّار)).

قال أبو هاشمٍ: لولا حديثُ ابنِ بُرَيدةَ عن أبيه لقُلنا: إنَّ القاضيَ إذا اجتهدَ فهو في الجنَّة.

أخرجه أبو داودَ (٣٥٧٣) في الأقضية ـ باب في القاضي يُخطئ ـ وعنه أبو بكرٍ الجصّاص في "أحكـام القـرآن" ٣/٥٠١ ـ ٥٠٢، وابنُ ماجَه (٢٣١٥) في الأحكام ـ باب الحاكم يجتهد فيصيب الحـق، والبيهقيُّ ١٠/١١٦، وابنُ حزمٍ في "الأحكام" ٦/٧٨١.

قال أبو داودَ: هذا أصحُّ شيءٍ فيه، يعني: حديثَ ابنِ بُرَيدةَ: ((القُضاةُ ثلاثةٌ...)).

ورواه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٣٦١٦) عن إسماعيلَ بـنِ إبراهيـمَ أبـي مَعمرٍ القَطيعيِّ عـن خَلَـف بلفـظ: ((القُضاةُ ثلاثةٌ، فرجلٌ قضَى فاجتهَدَ فأصابَ فله الجنَّةُ، ورجلٌ قضَى فاجتهَدَ فأخطأَ فله الجنَّةُ، ورجلٌ قضَى فجـارَ فهو في النّار)). قال البيهقيُّ: اجتهادُه بغير عِلمٍ لا يهديه إلى الحَقِّ إلاّ اتّفاقاً، فلم يكنْ مأذوناً له فيه. قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِ هذا الحديث عن أبي هاشمٍ الرُّمّانيِّ إلاّ خَلَفُ بنُ خليفة. =

= وخَلَفُ بنُ خليفة الأَشجَعيُّ: قال ابنُ مَعين والنَّسائيُّ: ليس به بأسٌ، وقال ابنُ مَعين أيضاً وأبو حاتم: صـدوقٌ، وقال ابنُ عَدِيٍّ: أرجو أنَّه لا بأسَ به، ولا أُبرِّئه من أنْ يُخطئَ في بعض الأحايين في بعض رواياته، وقال ابنُ سعدٍ: كان ثقةً، أصابه الفالجُ قبل موته حتّى ضَعُفَ وتغيَّر واختلَطَ. ورآه أحمدُ قد حُمِلَ مفلوجاً، وقال: كان لا يُفهمُ فمن كتب عنه قديماً فسماعُه منه صحيحٌ. توفي سنة ١٨٠هـ تقريباً وعمره تسعون سنةً، وهو ببغداد، فإنْ ثبت سماعُ سعيد بنِ منصورٍ عنه في الكوفة كوكيعٍ، أو واسطٍ كهُشيمٍ فحديثُه صحيحٌ، وهذا قويٌّ مُحتمِلٌ. وكأنَّ أبا مَعمرٍ القَطيعيَّ نزيلَ بغدادَ أخذَ عنه بعدَ اختلاطِه فقلَبَ متنَه.

وأبو هاشمٍ الرُّمّانيُّ: يحيى بنُ دينارٍ، وقيل: ابنُ الأَسود: قال أحمدُ وابنُ مَعينٍ وأبو زُرعةَ والنَّسائيُّ: ثقةٌ، وقال أبو حاتمٍ: كان فقيهاً صدوقاً، وقال ابنُ عبد البَرِّ: أجمَعُوا على أنَّه ثقةٌ، وغمزَه ابنُ حبّانَ.

وروى عليُّ بنُ حَكيم وأبو غسّانَ النَّهديُّ والحسن بنُ بشرٍ وحاتمُ بن إسماعيلَ وجُبارة بنُ المغلِّس عن شَريكٍ عن الأعمش عن سعد بن عُبيدةَ عن ابنِ بُرَيدةَ عن أبيه عن النَّبيِّ ﷺ: ((القُضاةُ ثلاثةٌ، قاضيان في النّار وقاضٍ في الجنَّة؛ رجلٌ قضَى بغيرِ الحَقِّ فعَلِمَ ذاك فذاك في النّار، وقاضٍ لا يعلَمُ فأَهلَكَ حُقوقَ النّاس فهو في النّار، وقاضٍ قضَى بالحَقِّ فذلك في الجنّة)).

وزاد الحاكمُ: قالوا: فما ذَنْبُ هذا الذي يجهَلُ؟ قال: ((ذَنبُه ألاّ يكونَ قاضياً حتّى يعلَمَ)).

أخرجه التِّرمذيُّ (١٣٢٢/ب) في الأحكام ـ باب ما جاء في القاضي، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (١١٥٤)، والرُّوْيانيُّ في "مسنده" (٦٦)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٤٥٩/٢ و١٦/٤ و١٧، والحاكمُ في "المستدرك" ٩٠/٤، والبيهقيُّ في "الكبرى" ١١٧/١٠، و"شُعَب الإيمان" (٧٥٣١).

وسعد بنُ عُبيدةَ السُّلَميُّ أبو حمزة الكوفيُّ: قال ابنُ مَعين والنَّسائيُّ وابنُ سعد والعجليُّ: ثقةٌ.

وتصحَّفَ عند التِّرمذيِّ إلى سَهْل بنِ عُبيدةَ، وفي "المستدرك" إلى سعيدٍ، والصَّوابُ ما أثبتناه.

وشَريكٌ اختلَطَ في الكوفة، وعليُّ بن حَكيمٍ وأبو غسّانَ والحسنُ بن بشرٍ كوفيُّون، وحاتمُ بن إسماعيلَ مَدنيٌّ أصلُه كوفيٌّ، وجُبارةُ متروكٌ، إلاّ أنَّ يحيى بنَ حمزةَ الحَضرميَّ الدِّمشقيَّ تابعَه متابعةً قاصرةً، فرواه عن سعد بن عُبيدةَ به. أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٦٧٨٦)، وقال: لم يَروِه عن سعدِ بن عُبيدةَ إلاّ يحيى بنُ حمزة تفرَّد به محمَّد بنُ بكّار. اهـ. كذا قال! وتقدَّم أنَّ شَريكاً رواه عن الأعمش عن سعد.

وخالَفَهما أيُّوبُ بن جابرٍ عن الأعمش عن عُمارةَ بنِ عُميرٍ عن ابن بُرَيدةَ الأسلميِّ عن أبيه به.

أخرجه البُرْجُلانيُّ في "الكرم والجود" صـ٦٥ـ. وأيُّوبُ: ضعَّفَه ابنُ مَعينٍ ومعاويةُ بن صالحٍ وعليُّ بن المَدينيِّ والنَّسائيُّ وأبو حاتمٍ وغيرُهم. قال ابنُ مَعين: أيُّوبُ بن جابرٍ ليس بشيءٍ، ومحمَّدُ بن جابرٍ ليس بشيءٍ، وقال الجُوزْجانيُّ: محمَّدٌ وأيُّوبُ ابنا جابرٍ غيرُ مُقنِعَين.

وروى عُبيد الله بنُ جعفرٍ عن إسحاقَ بنِ أبي إسرائيلَ عن محمَّد بنِ جابرٍ عن أبي إسحاقَ عن ابن بُرَيدةَ عن أبيه به. أخرجه ابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ١٥١/٦، ثمَّ قال: وهذا لا أعلَمُ رواه عن أبي إسحاقَ غير محمَّد بنِ جابرٍ. وهو: اليَماميُّ، وسماعُه من أبي إسحاقَ قديمٌ، فقد قال: تركتُ أبا إسحاقَ قبل أنْ يختلِفَ إليه سفيانُ وشَريكٌ. وضعَّفَه يحيى بنُ مَعينٍ والنَّسائيُّ، قال أبو حفصٍ الفَلاّسُ: صدوقٌ، كثيرُ الوهم، متروكُ الحديث. =

ورواه شِهاب بنُ عَبّادٍ حدَّثنا عبد الله بنُ بُكيرٍ عن حَكيم بن جُبيرٍ عن عبد الله بنِ بُرَيدةَ عن أبيه به.

أخرجه الحاكمُ في "المستدرك" ٩٠/٤. وقال: صحيحُ الإسناد ولم يُخرِّجاه، وله شاهدٌ بإسنادٍ صحيحٍ على شرط مسلم. وتعقَّبه الذَّهبيُّ فقال: ابنُ بُكيرٍ الغَنَويُّ مُنكَرُ الحديث.

مع أنَّ ابن حبّانَ ذكره في "الثِّقات"، وقال السّاجيُّ: من أهل الصِّدق، وليس بالقويِّ، وذكر له ابنُ عَدِيٍّ مَناكيرَ. وهذا لا يعني أنَّه مُنكَرُ الحديث.

أمّا حكيمُ بن جُبيرٍ فتركه شُعبة، وقال الدّارقطنيُّ: متروكٌ، وقال أحمدُ: مُنكَرُ الحديث، وقال النَّسائيُّ: ليس بالقويِّ.

ورواه عليُّ بن الحسن بنِ شقيقٍ سَمِعتُ أبا حمزة السُّكَّريَّ يقول: استشار قُتيبةُ بن مسلم أهلَ مَرْوَ في رجلٍ يجعلُه على القَضاء، فأشاروا عليه بعبد الله بنِ بُرَيدةَ، فدعاه وقال له: إنِّي قد جعلتُك على القَضاء بخُراسانَ، فقال ابنُ بُرَيدةَ: ما كنتُ لأجلِسَ على قَضاءٍ بعدَ حديث رسولِ الله ﷺ سَمِعتُه من أبي بُرَيدةَ يقول: سَمِعتُ رسولَ الله ﷺ ...فذكره.

أخرجه الحاكمُ في "علوم الحديث" صـ٩٩ـ وعنه ابنُ عساكرَ ١٣٦/٢٧.

قال الحاكمُ: هذا الحديث تفرَّدَ به الخُراسانيُّون، فإنَّ رواته عن آخِرهم مَراوزة.

وهذا مُشكِلٌ، فإنَّه كان قاضيَ مَرْوَ بعدَ أخيه سليمانَ.

ورواه عُبادةُ بن زيادٍ الأسديُّ ثنا قيسُ بن الرَّبيع عن عَلقمةَ بنِ مَرثَدٍ عن سليمانَ بنِ بُرَيدةَ عن أبيه بمعناه.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" (١١٥٦).

قال أبو القاسم الطَّبرانيُّ: خالَفَ عبدُ الله بنُ أحمدَ رحمه الله النّاسَ فقال: عَبّاد، وحدَّثنا عنه المُطيَّنُ ومحمَّد بنُ عثمانَ بنِ أبي شَيبةَ والتِّرمذيُّ وغيرُهم فقالوا: عُبادةُ بنُ زيادٍ. وهو شيعيٌّ غالٍ، قال أبو حاتم: مَحلُّه الصِّدقُ، وقال موسى بنُ هارونَ: تركتُ حديثَه، وقال محمَّد بنُ محمَّد النيسابوريُّ الحافظُ: مُجمَعٌ على كَذِبه! قال الذَّهبيُّ: هذا مردودٌ، وعُبادة لا بأسَ به غير التَّشيُّع.

وقيسُ بن الرَّبيع الأسديُّ: قال الذَّهبيُّ: أحدُ أوعية العِلمِ، صدوقٌ في نفسه، سيء الحفظ.

وروى آدمُ وشَبَابةُ بن سَوَّارٍ وعليُّ بن الجَعْد ووَهْبُ بن جرير والطَّيالسيُّ عن شُعبةَ عن قَتادةَ قال: سَمِعتُ رفيعاً أبا العالية [زاد آدمُ: وكان أدرك عليّاً] قال: قال عليٌّ: القُضاةُ ثلاثةٌ، اثنان في النّار وواحدٌ في الجنَّة؛ فذكَرَ اللَّذين في النّار، قال: رجلٌ جارَ مُتعمِّداً فهو في النّار، ورجل أرادَ الحَقَّ فأخطأَ فهو في النّار، وآخَرُ أرادَ الحَقَّ فأصابَ فهو في الجنَّة، قال قَتادة: فقلت لرفيعٍ: أرأيتَ هذا الذي أرادَ الحَقَّ فأخطأَ، قال: كان حَقُّه إذا لم يعلَمِ القَضاءَ لا يكونُ قاضياً وفي رواية: ((قال: لو شاء لم يجلس يقضي، وهو لا يحسن يقضي)).

أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ ٣٥٥/٥ ـ وعنه ابنُ حزمٍ في "الأحكام" ٧٨٠/٦، وذكره البخاريُّ في "التّاريخ الكبير" ٣٢٦/٣، وأخرجه في "التّاريخ الأوسط" (٨١٤)، والبَغَويُّ في "مسند عليِّ بن الجَعْد" (٩٨٩)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ١٦٤/٣، والبيهقيُّ في "الكبرى" ١١٧/١٠.

قال البيهقيُّ: تفسيرُ أبي العالية ـ على مَن لم يُحسنْ يقضي ـ دليلٌ على أنَّ الخبرَ ورَدَ فيمَن اجتهدَ رأيَه وهو مِن غير رأيِ الاجتهادِ، فإنْ كان مِن أهل الاجتهادِ فأخطأَ فيما يسوغُ فيه الاجتهادُ رُفِعَ عنه خطؤُهُ إنْ شاء الله بحُكمِ النَّبيِّ ﷺ في حديث عمرِو بن العاص وأبي هريرةَ رضي الله عنهما. وبالله التَّوفيق.

= وروى الأنصاريُّ وزائدة عن هشامٍ عن حفصة عن أبي العالية سَمِعَ عليّاً رضي الله عنه قال: ((القُضاةُ ثلاثةٌ)).
أخرجه البخاريُّ في "الأوسط" (٨١٩) ـ وعنه ابنُ عساكرَ ٢٥٩/١٠ و١٦٣/١٨.

ورواه عبد الرَّزّاق في "المصنَّف" (٢٠٦٧٥) عن مَعمرٍ في "الجامع" عن قَتادةَ أنَّ عليّاً ... فذكره.

وروى عبد الله بنُ جعفرٍ عن عِياض بنِ عبد الرَّحمن الحَجَبيِّ [يُعدُّ في أهل المدينة] عن ابن أبي ليلى عن أبيه عن عليٍّ قال: القُضاةُ ثلاثةٌ. ذكره البخاريُّ في "التّاريخ الكبير" ٢١/٧ ـ ٢٢، وابنُ أبي حاتمٍ في "الجرح والتّعديل" ٤٠٨/٤. سقَطَ من "تاريخ البخاريِّ": ابنُ أبي ليلى.

وعبدُ الله بنُ جعفرٍ المَدينيُّ: ضعيفٌ جدّاً.

وروى محمَّد بنُ عبد الأعلى عن مُعتمرِ بن سليمانَ سَمِعتُ عبدَ الملك يُحدِّثُ عن عبد الله بن مَوهَبٍ أنَّ عثمانَ قال لابن عمرَ: اذهَبْ فاقضِ بين النّاس، قال: أوَ تُعافيني يا أميرَ المؤمنين؟ قال: فما تكرَهُ مِن ذلك وقد كان أبوك يقضي؟ قال: إنّي سَمِعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: ((مَن كان قاضياً فقضَى بالعَدْلِ فبالحَرِيِّ أنْ ينقلِبَ مِنه كفافاً)) فما أرجو بعدَ ذلك؟ وفي الحديث قِصَّة.

أخرجه التِّرمذيُّ في "السنن" (١٣٢٢) في الأحكام ـ باب ما جاء في القاضي، وفي "العِلَل الكبير" كما في "ترتيبه" للقاضي (٣٥١)، ثمَّ قال: حديث ابنِ عمرَ غريبٌ، وليس إسنادُه عندي بمتَّصل.

وعبدُ الملك: قال البخاريُّ وأبو حاتمٍ: هو ابنُ أبي جميلة، زاد أبو حاتمٍ: مجهولٌ، وذكره ابنُ حبّانَ في "الثِّقات".

وعبدُ الله بنُ مَوهَب الهمْدَانيُّ الشّاميُّ قاضي فلسطينَ، قال ابنُ مَعين: لا أعرِفُه، وقال يعقوبُ بن سفيانَ والعجليُّ: ثقةٌ، وقال التِّرمذيُّ: سألتُ محمَّداً عنه فقال: عبدُ الله بنُ مَوهَب عن عثمانَ مُرسَلٌ. قال أبو حاتمٍ: عبدُ الله هو: ابنُ مَوهَب الرَّمليُّ على ما أرى، هو عن عثمانَ مُرسَلٌ.

ورواه أُمَيَّةُ بنُ بِسطام وشَيبانُ بن فرُّوخ عن مُعتمرِ بن سليمانَ سَمِعتُ عبدَ الملك بنَ أبي جَميلة يُحدِّثُ عن عبد الله بنِ وَهْبٍ أنَّ عثمانَ... به. وفيه: أَسَمِعتَ رسولَ الله ﷺ يقول: ((مَن عاذَ بالله فقد عاذَ مَعاذاً))؟ قال: نعم. وقال: إنّي سَمِعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: ((مَن كان قاضياً فقضَى بجَهْلٍ كان مِن أهل النّار ...)) الحديث.

أخرجه أبو يَعْلى في "مسنده" (٥٧٢٧) ـ وعنه الضِّياءُ في "المختارة" (٣٦٩)، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٥٠٥٦)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (١٣٣١٩)، و"الأوسط" (٢٧٥٠)، وأبو سعيدٍ النَّقّاشُ في "القضاء" كما في "كنز العمال" ٩٧/٦، وذكره ابنُ أبي حاتمٍ في "العِلَل" ٤٦٨/١.

قال الطَّبرانيُّ: ولا يُروى عن ابنِ عمرَ إلاّ بهذا الإسنادِ تفرَّدَ به مُعتمرٌ.

وقال: عبدُ الله بنُ وَهْبٍ هذا هو عندي عبدُ الله بنُ وَهْبِ بن زَمْعة، زادَ ابنُ حبّانَ: ابنِ الأسود القُرَشيُّ مِن المدينة روى عنه الزُّهريُّ. قال ابنُ حَجَرٍ في "التَّلخيص" ١٨٥/٤: ووَهِمَ في ذلك، وإنَّما هو عبدُ الله بنُ مَوهَب. وقال في "المجمع": ورجالُ "الكبير" ثقاتٌ.

وذكره الضِّياءُ المقدِسيُّ في "المختارة" بعنوان: عبدُ الله بنُ مَوهَب الفلسطينيُّ عن عثمانَ رضي الله عنه، =

= ثمَّ رواه من طريق محمَّد بنِ إبراهيمَ بنِ عليٍّ أنا أحمدُ بن عليِّ بنِ المُثنَّى ثنا أُميَّةُ... به، وقال: عن عبد الله بنِ مَوهَبٍ أنَّ عثمانَ قال لابن عمرَ ...، ثمَّ قال: ورواه أبو حاتم بنُ حبّانَ عن الحسن بن سفيانَ عن أُميَّةَ بنِ بسطام بإسناده، وعنده: عبدُ الله بنُ وَهْبٍ، روى أبو بكرٍ أحمدُ بنُ عمرِو بنِ أبي عاصمٍ بعضَه عن أُميَّةَ بنِ بسطام بإسناده، وقال: عبدُ الله بنُ وَهْبٍ، وروى نحوَه حمدانُ بن عمرٍو المَوصليُّ عن غسّانَ بنِ الرَّبيع عن أبي سلامٍ عن يزيدَ بنِ عبد الله بنِ مَوهَب أنَّ عثمانَ بنَ عفّانَ قال لعبد الله بن عمرَ: اقضِ بين النّاس، والله أعلَمُ بصواب ذلك.

وروى حمّادُ بنُ سَلَمةَ عن أبي سِنان عن يزيدَ بنِ عبد الله بنِ مَوهَبٍ أنَّ عثمانَ قال لابن عمرَ: اقضِ بين النّاس، فقال: لا أقضي بين اثنين، ولا أؤمُّهما، قال: فإنَّ أباك كان يقضي! فقال: إنَّ أبي كان يقضي، فإنْ أشكَلَ عليه شيءٌ سألَ النَّبيَّ ﷺ، فإذا أشكَلَ على النَّبيِّ ﷺ شيءٌ سألَ جبريلَ، وإنِّي لا أجدُ مَن أسألُه، وإنِّي لستُ مثلَ أبي، وإنَّه بلَغني أنَّ القُضاةَ ثلاثةٌ: رجلٌ جافٍ فمالَ به الهوى فهو في النّار، ورجلٌ تكلَّفَ القَضاءَ فقضَى بجَهْلٍ فهو في النّار، ورجلٌ اجتهَدَ فأصابَ فذلك ينجو كفافاً، لا له ولا عليه، قال: وقال: أَسَمِعتَ النَّبيَّ ﷺ يقول: ((مَن عاذَ بالله فقد عاذَ بمَعاذٍ))، قال عثمانُ: بلى، قال: فإنِّي أعوذُ بالله أنْ تستعمِلَني، فأعفاه، وقال: لا تُخبِرْ بهذا أحداً.

أخرجه أحمدُ ٦٦/١، وعبدُ بنُ حُميد (٤٨)، وابنُ سعدٍ في "الطَّبقات" ١٤٦/٤، والبَزّار كما في "المجمع" ١٩٣/٤. وأبو سِنان عيسى بنُ سِنان القسمليُّ: ضعَّفَه أحمدُ وابنُ مَعينٍ في روايةٍ، والنَّسائيُّ وأبو زُرعةَ في روايةٍ، وقال ابنُ مَعينٍ في روايةٍ: ثقةٌ!

وقال أبو زُرعةَ ويعقوبُ بن شَيبةَ: ليِّنُ الحديث، قال أبو حاتمٍ: ليس بالقويِّ، وقال العجليُّ: ليس به بأسٌ، وذكره ابنُ حبّانَ في "الثِّقات". وقال الهيثميُّ في "المجمع" ٢٠٠/٥: يزيدُ لم أعرفْه، وبقيَّةُ رجاله رجالُ الصَّحيح، مع أنَّه قال في ١٩٣/٤: رجالُه ثقاتٌ!

يزيدُ بنُ عبد الله بنِ مَوهَبٍ قاضي أهلِ الشّام، ذكره ابن حبّانَ في "الثِّقات".

ولعلَّ يزيدَ سَمِعه مِن أبيه، ثمَّ رواه لأبي سِنان مُرسَلاً، أو أرسَلَه أبو سِنان، أو يكونُ وهماً مِن أبي سِنان، فقد خالَفَ فيه المُعتمرَ بنَ سليمانَ كما تقدَّم.

وروى الفَضْلُ بنُ يزيدَ الجَعْفيُّ ثنا إبراهيمُ بنُ الحَكمِ بنِ ظُهيرٍ ثنا أحمدُ بن الفُرات عن مُحاربٍ عن ابن عمرَ قال رسولُ الله ﷺ ...به. أخرجه القُضاعيُّ في "مسند الشِّهاب" (٣١٧).

وإبراهيمُ بن الحَكمِ بنِ ظُهيرٍ أبو إسحاقَ: كتب عنه أبو حاتمٍ بالرَّيِّ، ولم يُحدِّث عنه، ترك حديثَه، وقال: هو كذّاب، وقال الدّارقطنيُّ والأَزْديُّ: ضعيفٌ.

ولم أجدْ أحمدَ بنَ الفُرات في هذه الطَّبقة، إنَّما وجدتُ أنَّ محمَّدَ بنَ الفُرات أحدُ تلامذةِ مُحاربِ بن دِثار!

فهذا من ابنِ ظُهيرٍ إمّا وَهْمٌ أو تدليسٌ. ومحمَّد بنُ الفُرات: قال ابنُ أبي شَيبةَ ومحمَّد بنُ عمّار: كذّاب، وقال البخاريُّ: مُنكَرُ الحديث، ورماه أحمدُ بالكَذِب، وقال أبو داودَ: روى عن مُحارب أحاديثَ موضوعةً، وقال النَّسائيُّ والأَزْديُّ: متروكُ الحديث. =

(ويَجُوزُ تقلُّدُ[١] القضاءِ مِن السُّلطانِ العادلِ والجائرِ)..........................

٣٠٧/٤ [٢٦٠٣٧] (قولُهُ: ويَجُوزُ تقلُّدُ القضاءِ مِن السُّلطانِ العادلِ والجائرِ) [٣/ق٢٠٠/ب] أي: الظّالم، وهذا ظاهرٌ في اختصاصِ توليةِ القضاءِ بالسُّلطانِ ونحوِهِ كالخليفةِ، حتّى لو اجتمَعَ أهلُ بلدةٍ على توليةِ واحدٍ القضاءَ لم يَصِحَّ، بخلافِ ما لو ولَّوا سُلطاناً بعدَ موتِ سُلطانِهم كما في "البزّازيّة"[٢]، "نهر"[٣]، وتمامُهُ فيه.

قلتُ: وهذا حيثُ لا ضرورةَ، وإلاّ فلهم توليةُ القاضي أيضاً كما يأتي بعدَه[٤].

= وروى سعيدُ بنُ محمَّدِ بنِ العلاء السَّهميُّ ثنا محمَّدُ بنُ مسلم الطّائفيُّ ثنا عمرُو بن دينارٍ عن ابن عمرَ قال: أرادَه عثمانُ على القَضاء فأبَى، وقال: سَمِعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: ((القُضاةُ ثلاثةٌ، واحد ناجٍ واثنانِ في النّار، مَن قضَى بالجَور أو بالهوى هلَكَ، ومَن قضَى بالحَقِّ نجَى)). أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٣٨٢٨)، وقال:لم يَروِه عن عمرو إلاّ محمَّدٌ.

أمّا سعيدٌ: فلم أجِدْهُ، وأمّا محمَّدُ بن مسلم: فثقةٌ في كتابه، دونَ ابنِ عُيينةَ في عمرٍو وفوقَ داودَ العَطّار.

قال ابنُ حَجَرٍ في "الإصابة" ٤٦٥/٢: عَجلانُ مولى رسولِ الله ﷺ روى عنه حديثَ ((القُضاةُ ثلاثةٌ))، وعنه ابنه. أخرجه عبدُ الصَّمد بنُ سعيدٍ في "طبقات الحمصيين" من طريق عمرو بن شَرحبيل الخَولانيّ سَمِعتُ ابنَ العَجلان بهذا.

وروى عبد الرَّحمن بنُ مَهديٍّ ومحمَّد بنُ سلاّم وبسّامُ بن يزيدَ والأحوصُ بن المُفضَّل ثنا حمّادُ بن سَلَمةَ عن حُميدٍ قال: دَخَلْنا مع الحسن على إياسِ بن معاويةَ حين استُقضي، قال: فبكى إياس، وقال: يا أبا سعيدٍ يقولون: القُضاةُ ثلاثةٌ، اثنانِ في النّار وواحدٌ في الجنَّة، فقال الحسن: إنَّ فيما قصَّ الله عليك في نبأ سليمانَ ما يرُدُّ على مَن قال هذا، وقرَأَ ﴿ وداود وسليمان﴾ إلى قوله ﴿شاهدين﴾ فحَمِدَ سليمانَ لصوابه ولم يذُمَّ داودَ لخطئه.

أخرجه ابنُ المنذر وابنُ أبي حاتمٍ كما في "الدُّر المنثور" [الأنبياء/٧٨]، وأخرجه ابنُ أبي الدُّنيا في "الإشراف في منازل الأشراف" (٢٤٥)، ومحمَّد بن خَلَف الملقَّب بوكيعٍ ٣١٣/١، والدِّينَوَريُّ في "المجالسة" (١٥٩٧)، وابنُ عساكرَ في "تاريخه" ٢٥/١٠ و٢٦، وابنُ حَجَرٍ في "تغليق التَّعليق" ٢٩٢/٥ و٢٩٣، من طريق الصُّوليّ.

وقال ابنُ حَجَرٍ في "التَّلخيص" ١٨٥/٤: له طُرقٌ .. قد جمعتُها في جُزء مُفرَد.

(١) في "د": ((تقليد)).

(٢) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الأول في التقليد ١٣٠/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٨/ب.

(٤) في المقولة الآتية.

ولو كافراً، ذكَرَهُ "مسكينٌ"[(١)] وغيرُهُ، إلاّ إذا كان يَمنعُهُ عن القضاءِ بالحَقِّ فيَحرُمُ، ولو فُقِدَ والٍ لِغَلَبَةِ كُفّارٍ وجَبَ على المسلمينَ تعيينُ والٍ وإمامٍ للجُمعةِ، "فتح"[(٢)]،..........

مطلبٌ في حُكمِ توليةِ القضاءِ في بلادٍ تَغلَّبَ عليها الكُفّارُ

[٢٦٠٣٨] (قولُهُ: ولو كافراً) في "التّتارخانيَّة": ((الإسلامُ ليس بشرطٍ فيه، أي: في السُّلطانِ الذي يُقلِّدُ، وبلادُ الإسلامِ التي في أيدي الكَفَرةِ لا شكَّ أنَّها بلادُ الإسلامِ[(٣)] لا بلادُ الحربِ؛ لأنَّهم لم يُظهِرُوا فيها حُكمَ الكُفرِ، والقُضاةُ مسلمونَ، والملوكُ الذين يُطيعونَهم عن ضرورةٍ مسلمونَ، ولو كانت عن غيرِ ضرورةٍ مِنهم ففُسّاقٌ، وكلُّ مِصْرٍ فيه والٍ مِن جهتهم تَجُوزُ فيه إقامةُ الجُمَعِ والأعيادِ، وأَخْذُ الخَراجِ، وتقليدُ القُضاةِ، وتزويجُ الأَيامَى؛ لاستيلاءِ المسلمِ عليه. وأمّا إطاعةُ الكُفرِ فذاك مُخادعةٌ.

وأمّا بلادٌ عليها وُلاةٌ كُفّارٌ فيَجُوزُ للمسلمينَ إقامةُ الجُمَعِ والأعيادِ، ويصيرُ القاضي قاضياً بتراضي المسلمينَ، فيَجبُ عليهم أنْ يلتمِسُوا والياً مُسلِماً مِنهم)) اهـ. وعزاهُ "مسكينٌ" في "شرحه"[(٤)] إلى "الأصل"[(٥)]، ونحوُهُ في "جامع الفصولين"[(٦)].

وفي "الفتح"[(٧)]: ((وإذا لم يكنْ سُلطانٌ، ولا مَن يَجُوزُ التَّقلُّدُ[(٨)] مِنه كما هو في بعضِ بلادِ المسلمينَ غلَبَ عليهم الكُفّارُ كقُرطبةَ الآنَ، يَجبُ على المسلمينَ أنْ يتَّفِقُوا على واحدٍ مِنهم يَجعَلُونَهُ والياً فيُولِّي قاضياً ويكون هو الذي يقضي بينَهم، وكذا يَنْصِبُوا إماماً يُصلِّي بهمُ الجمعةَ)) اهـ.

---

(١) انظر "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء صـ١٩٦ـ.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٥.

(٣) في "آ": ((إسلام)).

(٤) "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء صـ١٩٦ـ.

(٥) كتاب القضاء ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(٦) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به إلخ ١/١١.

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٥ باختصار.

(٨) في "ك" و"آ": ((التقليد)).

(ومِن) سُلطانِ الخَوارجِ و(أهلِ البَغيِ)، وإذا صحَّتِ التَّوليةُ صحَّ العَزْلُ، وإذا رُفِعَ قضاءُ الباغي إلى قاضي العَدْلِ نفَّذَهُ، وقيل: لا، ....

وهذا هو الذي تطمئنُّ النَّفسُ إليه، فليُعتمَدْ، "نهر"[١]. والإشارةُ بقولِهِ: ((وهذا)) إلى ما أفادَهُ كلامُ "الفتح"[٢]: ((مِن عَدَمِ صحَّةِ تقلُّدِ القضاءِ مِن كافرٍ)) على خلافِ ما مرَّ[٣] عن "التَّتارخانيَّة"، ولكنْ إذا ولَّى الكافرُ عليهم قاضياً ورَضِيَهُ المسلمونَ صحَّتْ توليتُهُ بلا شُبهةٍ، تأمَّلْ.

ثمَّ إنَّ الظَّاهرَ أنَّ البلادَ التي ليست تحتَ حُكمِ سُلطانٍ بل لهم أميرٌ مِنهم مُستقِلٌّ بالحُكمِ عليهم بالتَّغلُّبِ أو باتِّفاقِهم عليه يكونُ ذلك الأميرُ في حُكمِ السُّلطانِ، فيَصِحُّ مِنه توليةُ القاضي عليهم.

[٢٦٠٣٩] (قولُهُ: ومِن سُلطانِ الخَوارجِ وأهلِ البَغيِ) تقدَّمَ[٤] الفرقُ بينَهما في بابِ البُغاةِ.

[٢٦٠٤٠] (قولُهُ: صحَّ العَزْلُ) فإذا ولَّى سُلطانُ البُغاةِ باغياً وعزَلَ العَدْلَ ثمَّ ظَهَرْنا[٥] عليهم احتاجَ قاضي أهلِ العَدْلِ إلى تجديدِ التَّوليةِ، "نهر"[٦].

[٢٦٠٤١] (قولُهُ: نفَّذَهُ) أي: حيثُ كان مُوافِقاً أو مُختلَفاً فيه كما في سائرِ القُضاةِ، وهو

(قولُهُ: على خلافِ ما مرَّ عن "التَّتارخانيَّة") الظَّاهرُ: أنَّ ما في "الفتح" هو الشِّقُّ الثَّاني في عبارةِ "التَّتارخانيَّة" المذكورُ بقولِهِ: ((وأمَّا بلادٌ إلخ))، فلا مُخالَفةَ بينَ العبارتينِ. ثمَّ إنَّ صحَّةَ توليةِ الكافرِ لا تُفيدُ صحَّةَ سَلْطَنتِهِ خلافاً لِما في "البحر" كما في "السِّنديِّ".

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٩/أ.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٥.

(٣) في هذه المقولة.

(٤) المقولة [٢٠٥٥٦] قوله: ((وخَوارجُ وهم قومٌ إلخ)).

(٥) في "الأصل": ((ظهر)).

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٩/أ.

وبه جزَمَ "النّاصحيُّ". (فإذا تقلَّدَ[١] طلَبَ ديوانَ قاضٍ قبلَهُ) يعني: السِّجلاّتِ،.........

مُصرَّحٌ به في "فصول العماديِّ"[٢]، ويدلُّ بمفهومِهِ على أنَّ القاضيَ لو كان مِن البُغاةِ فإنَّ قضاياهُ تَنفُذُ كسائرِ فُسّاقِ أهلِ العَدْلِ؛ لأنَّ الفاسقَ يصلُحُ قاضياً في الأصحِّ، وذكَرَ في "الفصول"[٢] ثلاثةَ أقوالٍ فيه: الأوَّلُ: ما ذكَرْنا، وهو المعتمَدُ. الثّاني: عَدَمُ النَّفاذِ، فإذا رُفِعَ إلى العادلِ لا يُمضيهِ. الثّالثُ: حُكمُهُ حُكمُ المُحكَّمِ يُمضيهِ لو وافَقَ رأيَهُ وإلاّ أبطَلَهُ. اهـ "بحر"[٣].

[٢٦٠٤٢] (قولُهُ: وبه جزَمَ "النّاصحيُّ") لكنْ قد عَلِمتَ[٤] ما هو المعتمَدُ.

[٢٦٠٤٣] (قولُهُ: فإذا تقلَّدَ طلَبَ ديوانَ قاضٍ قبلَهُ) في "القاموس"[٥]: ((الدِّيوانُ، ويُفتحُ: مُجتمَعُ الصُّحفِ، والكتابُ يُكتَبُ فيه أهلُ الجيشِ وأهلُ العَطِيَّةِ، وأوَّلُ مَن وضَعَهُ "عمرُ" رَضِيَ اللهُ تعالى عنه[٦]، جَمعُهُ: دَواوينُ ودَياوينُ)) اهـ.

---

(١) في "و": ((فإذا تقلَّد القضاء طَلَبَ إلخ)).

(٢) انظر "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به من عزل قاض أو وصي أو وكيل أو مأمور ١/١٣.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٢٩٨ ـ ٢٩٩.

(٤) في المقولة السابقة.

(٥) "القاموس": مادة ((دون)).

(٦) قال ابنُ حَجَرٍ في "فتح الباري" ٨/١٤٧: وقد ثبت أنَّ أوَّلَ مَن دوَّن الديوانَ عمرُ رضي الله عنه.

روى زهيرُ بن محمَّدٍ بنِ قُمَيرٍ عن حسين بن محمَّدٍ قال: حدَّثنا أبو مَعشَرٍ عن زيد بن أسلَمَ عن أبيه وعن عمرَ بنِ عبد الله مولى غُفْرة قالا: ((قَدِمَ على أبي بكرٍ مالٌ مِن البحرين .... ثمَّ استُخلِفَ عمرُ رضي الله عنه ففتح الله عليه الفتوحَ فجاءه أكثرُ مِن ذلك المال، فقال: قد كان لأبي بكرٍ في هذا المالِ رأيٌ، وليَ رأيٌ آخرُ، لا أجعَلُ مَن قاتلَ رسولَ الله كمَن قاتلَ معه، ففَضَّلَ المهاجرين والأنصارَ، ففرَضَ لِمَن شَهِدَ بدراً مِنهم خمسةَ آلاف خمسةَ آلافٍ، ومَن كان إسلامُه قبلَ إسلامِ أهلِ بدرٍ فرَضَ له أربعةَ آلاف أربعةَ آلاف، وفرَضَ لأزواجِ رسول الله اثني عشرَ ألفاً لكلِّ امرأةٍ إلاّ صفيَّةَ وجُوَيريةَ فرَضَ لكلِّ واحدةٍ ستَّةَ آلاف ستَّةَ آلاف فأَبَيْنَ أنْ يأخُذْنَها، فقال: إنَّما فرضتُ لهنَّ بالهجرة، قُلن: ما فرضتَ لهنَّ مِن أجل الهجرة، إنَّما فرضتَ لهنَّ مِن مكانهنَّ مِن رسول الله ولنا مثلُ مكانهنَّ، فأبصَرَ ذلك فجعَلَهنَّ سواءً مثلَهنَّ، وفرَضَ للعبّاس بنِ عبد المطَّلبِ اثني عشرَ ألفاً؛ لقرابته مِن رسول الله، وفرَضَ لأسامةَ بن زيدٍ أربعةَ آلافٍ، وفرَضَ للحسن والحسين خمسةَ آلاف خمسةَ آلاف فألحقهما بأبيهما؛ لقرابتهما مِن رسول الله، وفرَضَ لعبد الله بن عمرَ ثلاثةَ آلافٍ، فقال: يا أبت فرضتَ لأسامةَ بن زيدٍ أربعةَ آلافٍ، وفرضتَ لي ثلاثةَ آلافٍ، فما كان لأبيه مِن الفَضْلِ ما لم يكنْ لك؟ وما كان له مِن الفَضْلِ ما لم يكنْ لي؟ فقال: إنَّ أباه كان أحبَّ إلى رسولِ الله مِن أبيك، وهو كان أحبَّ إلى رسولِ الله مِنك، وفرَضَ لأبناء المهاجرين والأنصارِ مِمّن شَهِدَ بدراً ألفين ألفين ... فعَمِلَ عُمَرُ عُمُرَه بهذا ...))، وفيه: ((إنّي قد دوَّنتُ الدِّيوانَ ومَصَّرْتُ الأمصارَ ...)). =

= أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٨٦)، ثمَّ قال: وهذا الحديث قد رُوي نحوُ كلامِه عن عمرَ في صفة مَقتلِه مِن وجوهٍ، ولا نعلَمُ رُوي عن زيدِ بن أسلَمَ عن أبيه بهذا التَّمام إلاّ مِن حديث أبي مَعشَرٍ عن زيدٍ عن أبيه. وأبو مَعشَرٍ: نَجيحُ بنُ عبد الرَّحمن السِّنديُّ ضعيفٌ. وعمرُ مولى غُفْرة: ضعيفٌ.

وروى مَعمرٌ عن الزُّهريِّ عن إبراهيمَ بنِ عبد الرَّحمن بنِ عَوْفٍ قال: ((لَمّا أُتِيَ عمرُ بكنوزِ كِسرى قال له عبد الله بنُ الأَرْقَم الزُّهريُّ: ألا تَجْعَلُها في بيتِ المال حتّى تقسِمَها، قال: لا يُظِلُّها سقفٌ حتّى أُمضيَها، فأَمَرَ بها فوُضِعت في صرحِ المسجد، فباتوا يَحْرُسُونَها، فلمّا أَصبَحَ أَمَرَ بها فكُشِفَ عنها، فرأى فيها مِن الحمراءِ والبيضاءِ ما يكادُ يتلألأُ مِنه البصرُ. قال: فبكى عمرُ، فقال له عبد الرَّحمن بنُ عَوْفٍ: ما يُبكيك يا أميرَ المؤمنين؟! فوالله إنْ كان هذا لَيومُ شُكرٍ ويومُ سُرورٍ ويومُ فرحٍ، فقال عمرُ: كلا إنَّ هذا لم يُعطَه قومٌ إلاّ أُلقِيَ بينهمُ العداوةُ والبغضاءُ. ثمَّ قال: أنَكيلُ لهم بالصّاعِ أم نحثُو؟ فقال عليٌّ: بلِ احثُوا لهم، ثمَّ دعا حسن بنَ عليٍّ أوَّلَ النّاس فحثا له، ثمَّ دعا حسيناً، ثمَّ أعطى النّاس، ودوَّنَ الدَّواوين، وفرَضَ للمهاجرين لكلِّ رجلٍ مِنهم خمسةَ آلافِ درهمٍ في كلِّ سنةٍ، وللأنصارِ لكلِّ رجلٍ مِنهم أربعةَ آلافِ درهمٍ، وفرَضَ لأزواج النَّبيِّ لكلِّ امرأة مِنهنّ اثني عشرَ ألفَ درهمٍ إلاّ صفيَّةَ وجُوَيريةَ فرَضَ لكلِّ واحدةٍ مِنهما ستَّةَ آلافِ درهمٍ)).

أخرجه عبدُ الرَّزّاق (٢٠٠٣٦) ـ عن مَعمرٍ في "الجامع" ـ باب الدِّيوان.

وروى محمَّد بن عمرَ الواقديُّ عن عائذِ بن يحيى عن أبي الحُويرث عن جُبير بنِ الحويرث بنِ نُقَيد ((أنَّ عمرَ بن الخطّاب استشار المسلمين في تدوين الدِّيوان، فقال له عليُّ بن أبي طالبٍ: تَقسِمُ كلَّ سنةٍ ما اجتمعَ إليك من مالٍ ولا تمسِكُ منه شيئاً، وقال عثمان بن عفّان: أرى مالاً كثيراً يسَعُ النّاس وإنْ لم يُحصَوا حتّى تعرفَ مَن أخذ مِمّن لم يأخذ خشية أنْ ينتشرَ الأمرُ، فقال له الوليد بن هشام بنِ المغيرة: يا أميرَ المؤمنين! قد جئتُ الشّامَ فرأيتُ ملوكَها قد دوَّنوا ديواناً وجنَّدوا جنوداً فدوِّنْ ديواناً وجنِّدْ جنوداً، فأخَذَ بقوله، فدعا عَقيلَ بن أبي طالبٍ ومَخرمةَ بنَ نوفلٍ وجُبيرَ بن مُطْعِمٍ وكانوا من نُسّاب قريش، فقال: اكتبوا النّاس على منازلهم فكتبوا، فبدؤوا ببني هاشمٍ، ثمَّ أتبعوهم أبا بكرٍ وقومَه، ثمَّ عمرَ وقومَه على الخلافة، فلمّا نظرَ إليه عمرُ قال: وددتُ ـ والله ـ أنّه هكذا ولكنِ ابدؤوا بقَرابة النَّبيِّ ﷺ الأقربَ فالأقربَ حتّى تضعوا عمرَ حيثُ وضعَه الله)). أخرجه ابنُ سعدٍ في " الطَّبقات الكبرى ٣/٢٩٥.

قال ابنُ سعدٍ: أخبرنا محمَّد بنُ عمرَ قال: حدَّثني أسامةُ بن زيدِ بنِ أسلَمَ عن يحيى بن عبد الله بنِ مالكٍ عن أبيه عن جدِّه (ح)، قال محمَّد بنُ عمرَ: وأخبرنا سليمانُ بنُ داودَ بنِ الحُصين عن أبيه عن عِكرمةَ عن ابن عبّاس (ح)، قال محمَّد بن عمرَ: وأخبرنا عبدُ الله بنُ جعفرٍ عن عثمانَ بنِ محمَّد الأخنسيِّ (ح)، قال محمَّد بنُ عمرَ: وأخبرنا موسى بنُ محمَّد بنِ إبراهيمَ عن أبيه (ح)، قال: وحدَّثني محمَّد بن عبد الله عن الزُّهريِّ عن سعيد بن المسيَّب ـ دخَلَ حديثُ بعضِهم في حديث بعضٍ ـ قالوا: ((لَمّا أجمع عمرُ بن الخطّاب على تدوين الدِّيوان وذلك في المُحرَّم سنةَ عشرينَ بدأ ببني هاشمٍ في الدَّعوة ثمَّ الأقربِ فالأقربِ برسولِ الله، فكان القومُ إذا استوَوا في القرابة برسول الله ﷺ قدَّمَ أهلَ السّابقة حتّى انتهى إلى الأنصار فقالوا: بمن نبدأ؟ فقال عمرُ: ابدؤوا برَهْط سعد بن معاذٍ الأشهليِّ ثمَّ الأقربِ فالأقربِ بسعد بنِ معاذ، وفرَضَ عمرُ لأهل الدِّيوان ففضَّلَ أهلَ السَّوابق والمشاهد في الفرائض، =

= وكان أبو بكرٍ الصِّديقُ قد سوَّى بين النّاس في القَسْم، فقيل لعمرَ في ذلك، فقال: لا أجعَلُ مَن قاتلَ رسولَ الله كمَن قاتلَ معه، فبدأ بمَن شَهِدَ بدراً مِن المهاجرين والأنصارِ، ففرَضَ لكلِّ رجلٍ مِنهم خمسةَ آلافِ درهمٍ في كلِّ سنةٍ، حليفُهم ومولاهم معهم بالسَّواء، وفرَضَ لِمَن كان له إسلامٌ كإسلام أهل بدرٍ من مهاجرة الحبشة ومَن شَهِدَ أُحُداً أربعةَ آلافِ درهمٍ لكلِّ رجلٍ مِنهم، وفرَضَ لأبناء البدريين ألفين ألفين إلاّ حسناً وحسيناً، فإنّه ألحقَهما بفريضة أبيهما ...)). أخرجه ابنُ سعدٍ في "الطَّبقات الكبرى" ٣/٢٩٦ ـ وعنه ابنُ عساكرَ في "تاريخ دمشق" ١٣/٢٣٨ و١٤/١٧٦. ومحمَّد بنُ عمرَ: هو الواقديُّ، متروكٌ.

وروى يزيدُ بنُ هارونَ قال: أخبرنا محمَّد بنُ عمرٍو عن أبي سَلَمةَ عن أبي هريرةَ ((أنّه قَدِمَ على عمرَ من البحرين، قال أبو هريرةَ: فلقيتُه في صلاة العِشاء الآخِرة، فسلَّمتُ عليه، فسألني عن النّاس ثمَّ قال لي: ماذا جئتَ به؟ قلتُ: جئت بخمسمائة ألفِ درهمٍ، قال: هل تدري ما تقول؟! قلتُ: جئت بخمسمائة ألفِ درهمٍ، قال: ماذا تقول؟! قال: قلتُ: مائةُ ألفٍ ومائةُ ألفٍ ومائةُ ألفٍ ومائةُ ألفٍ ومائةُ ألفٍ حتّى عددتُ خمساً، قال: إنَّك ناعس! فارجعْ إلى أهلِكَ فنَمْ، فإذا أصبحتَ فأتِني، فقال أبو هريرةَ: فغدوتُ إليه، فقال: ماذا جئتَ به؟ قلتُ: جئتُ بخمسمائة ألفِ درهمٍ، قال عمرُ: أَطيِّبٌ، قلتُ: نعم، لا أعلَمُ إلاّ ذلك، فقال للنّاس: إنّه قد قَدِمَ علينا مالٌ كثيرٌ، فإنْ شئتم أنْ نعُدَّ لكم عدداً، وإنْ شئتم أنْ نكيلَه لكم كيلاً، فقال له رجلٌ: يا أميرَ المؤمنين! إنِّي قد رأيتُ هؤلاء الأعاجمَ يدوِّنون ديواناً يُعطون النّاس عليه، قال: فدوَّن الدِّيوان، وفرَضَ للمهاجرين الأوَّلين في خمسةِ آلاف خمسة آلاف، وللأنصار في أربعةِ آلاف أربعة آلاف، ولأزواج النَّبيِّ عليه السَّلامُ في اثني عشرَ ألفاً)).

أخرجه ابنُ سعدٍ في "الطَّبقات الكبرى" ٣/٣٠٠، وابنُ أبي شَيبةَ في "المصنَّف" ٧/٦١٣، والبيهقيُّ ٦/٣٥٠.

وروى عبدُ الله بن المبارك أخبرنا عُبيدُ الله بن مَوهَبٍ قال: سَمِعتُ أبا هريرةَ يقول: ((قَدِمتُ على عمرَ بنِ الخطّاب من عند أبي موسى الأشعريِّ بثمانمائة ألفِ درهمٍ، فقال لي: بماذا قَدِمتَ؟ قلتُ: قَدِمتُ بثمانمائة ألفِ درهمٍ! قال: ألم أقُلْ إنَّك تِهاميٌّ أحمقُ؟ إنّما قَدِمتَ بثمانين ألفَ درهمٍ، فكم ثمانمائة ألفِ درهمٍ، فعدَدتُ مائةَ ألفٍ حتّى عدَدتُ ثمانمائة، فقال: أَطيِّبٌ ويلَكَ؟! قال: نعم، قال: فبات عمرُ ليلتَه أَرِقاً حتّى إذا نودي بصلاةِ الصُّبح قالت له امرأتُه: يا أميرَ المؤمنين! ما نِمتَ اللَّيلةَ، قال: كيف ينامُ عمرُ بن الخطّاب، وقد جاء النّاسَ ما لم يكنْ يأتيهم مثلُه منذ كان الإسلامُ؟! فما يؤمِنُ عمرُ لو هلَكَ وذلك المالُ عنده فلم يضَعْهُ في حَقِّه!! فلمّا صلّى الصُّبحَ اجتمع إليه نفرٌ من أصحاب رسول الله ﷺ، فقال لهم: إنّه قد جاء النّاسَ اللّيلةَ ما لم يأتِهم مثلُه منذ كان الإسلامُ، وقد رأيتُ رأياً فأشيروا عليَّ، رأيتُ أنْ أَكيلَ للنّاس بالمكيال، فقالوا: لا تفعلْ يا أمير المؤمنين، إنَّ النّاس يدخلون في الإسلام ويكثُر المالُ، ولكنْ أعطِهم على كتابٍ، فكلمّا كثُرَ النّاسُ وكثُرَ المالُ أعطيتَهم عليه، قال: فأشيروا عليَّ بمن أبدأ منهم؟ قالوا: بك يا أمير المؤمنين، إنَّك وليُّ ذلك. ومنهم من قال: أميرُ المؤمنين أعلم! قال: لا! ولكنّي أبدأ برسول الله ﷺ، ثمَّ الأقربِ فالأقربِ إليه، فوضَعَ الدِّيوان على ذلك، قال عُبيدُ الله: بدأ بهاشمٍ والمطَّلب فأعطاهم جميعاً، ثمَّ أعطى بني عبد شمسٍ، ثمَّ بني نوفل بن عبد مَنافٍ، وإنّما بدأ ببني عبد شمسٍ لأنّه كان أخا هاشمٍ لأُمِّه. =

= قال عُبيدُ الله: فأوَّلُ من فرَّق بين بني هاشمٍ والمطَّلب في الدَّعوة عبدُ الملك، قَدِمَ عليه عبدُ الله بنُ قيس بن مَخرمةَ أخو بني عبد المطَّلب، فقال له عبدُ الملك: أقد رضيتَ يا أبا عبد الله أنْ تُدعى بغير أبيك فتجيبَ؟ قال: ومن يدعوني بغير أبي؟ قال: أليس يُدعَى بنو هاشمٍ ولا يُدعَى بنو المطَّلب فتجيبُ؟، فقال: أمرٌ صنَعَه رسول الله ﷺ فكيف لي بذلك؟ قال: تسألني أنْ أفرِّقكم على عريفٍ فأفعلَ، فلمّا أذنَ للنّاس قام عبدُ الله بنُ قيس، فقال: يا أمير المؤمنين! إنّا أصبحنا ليس لنا عريفٌ، إنّما يُدعَى بنو هاشمٍ فنجيبُ، فاجعَل لنا عريفاً، فكَتَبَ له أنْ يُفرِّقوا على عريفٍ، ويكونَ ذلك إلى عبدِ الله بن قيسٍ يليها ويولِّيها مَن أحبَّ)).

أخرجه يعقوبُ بن سفيانَ الفَسَويُّ في "المعرفة والتّاريخ" ٢٤٨/١ ـ ومن طريقه البيهقيُّ في "الكبرى" ٣٦٤/٦.

وروى اللّيث بن سعدٍ عن محمَّد بن عَجلانَ قال: ((لَمّا دوَّن لنا عمرُ الدِّيوان قال: بمن نبدأ؟ قالوا: بنفسك فابدأ، قال: لا! إنَّ رسول الله إمامُنا فَبِرَهْطِه نبدأ، ثمَّ بالأقربِ فالأقربِ)).

أخرجه أبو عُبيد في "الأموال" (٥٤٩).

وروى إسماعيلُ بن مُجالدٍ عن أبيه مُجالدِ بن سعيدٍ عن الشَّعبيِّ قال: ((لَمّا افتتح عمرُ العراقَ والشّامَ وجَبَى الخَراجَ جمع أصحابَ النَّبيِّ فقال: إنّي قد رأيتُ أنْ أفرضَ العَطاءَ لأهلِه الذين افتتحوه، فقالوا: نِعْمَ الرّأيُ رأيتَ يا أمير المؤمنين، فقال: فبمن نبدأ؟ قالوا: ومن أحَقُّ بذلك منك، ابدأ بنفسك، قال: لا، ولكنّي أبدأ بآل رسول الله، فكتب عائشةَ أُمَّ المؤمنين في اثني عشر ألفاً، وكتب سائرَ أزواج النَّبيِّ في عشرة آلافٍ، ثمَّ فرَضَ بعد أزواج النَّبيِّ لعليِّ بن أبي طالبٍ خمسةَ آلافٍ، ولِمَن شَهِدَ بدراً مِن بني هاشم)). أخرجه أبو عُبيد في "الأموال" (٥٥٠).

وروى اللَّيث عن عبد الرَّحمن بنِ خالدٍ الفَهْميِّ عن ابن شِهابٍ أنَّ عمر حين دوَّن الدَّواوين فرَضَ...)). أخرجه أبو عُبيد في "الأموال" (٥٥٣).

وروى غسّانُ بن مُضر ثنا سعيدُ بن يزيدَ عن أبي نَضْرةَ عن جابرِ بن عبد الله قال: ((لَمّا وَلِيَ عمرُ رضي الله عنه الخلافةَ فرَضَ الفرائضَ ودوَّن الدَّواوين وعرَّفَ العُرَفاء وعرَّفني على أصحابي)). أخرجه أحمدُ في "العِلَل" ١٩٣/٢ـ ١٩٤، وعبدُ الله بن أحمدَ في "فضائل الصَّحابة" (٤٦٤)، وابنُ أبي شَيبةَ ٢٦٦/٦ـ ٢٦٧ و٣٣١/٨، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٣٦٠/٦ و١٠٨/٨.

وروى عبدُ الرَّحيم بنُ سليمانَ عن أشعثَ عن الشَّعبيِّ وعن الحَكمِ عن إبراهيمَ قال: ((أوَّلُ مَن فرَضَ العَطاءَ عمرُ بن الخطّاب، وفرَضَ فيه الدِّيَةَ كاملةً في ثلاثِ سنين، وثُلُثي الدِّيَة في سنتين، والنّصفَ في سنتين، والثُّلثَ في سنةٍ، وما دون ذلك في عامِهِ)). أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ ٣٥٩/٦ و٣٣٣/٨.

وروى الشّافعيُّ في "الأمّ" ١٥٨/٤ عن سفيانَ عن عمرِو بن دينارٍ عن أبي جعفرٍ محمَّد بنِ عليٍّ ((أنَّ عمرَ رضي الله عنه لَمّا دوَّنَ الدَّواوين فقال: بمن ترَونَ أنْ أبدأ؟ فقيل له: ابدأ بالأقربِ فالأقربِ لك، قال: بل أبدأ بالأقربِ فالأقربِ برسول الله)). =

....

فقولُهُ: ((مُجتمَعُ الصُّحُفِ)) بمعنى قولِ "الكنز"[(١)]: ((وهو الخرائطُ التي فيها السِّجلاّتُ والمَحاضرُ وغيرُها، والخرائطُ: جمعُ خريطةٍ، شِبْهُ الكيسِ)). وقولُ "الشّارحِ": ((يعني: السِّجلاّتِ)) تفسيرٌ بالمعنى الثّاني. وقولُ "البحر"[(٢)] تَبَعاً لـ"مسكين"[(٣)]: ((إنَّ ما في "الكنز" مَجازٌ؛ لأنَّ الدِّيوانَ نفسُ السِّجلاّتِ والمَحاضرِ لا الكِيْسُ)) فيه نظرٌ، فافهمْ. والسِّجلُّ لغةً: كتابُ القاضي، والمَحاضرُ: جمعُ مَحضَرٍ. وفي "الدُّرر"[(٤)]: ((إنَّ المَحضرَ ما كُتِبَ فيه ما جرَى بينَ الخصمينِ مِن إقرارٍ، أو إنكارٍ، والحُكْمِ ببيِّنةٍ أو نُكولٍ على وجهٍ يَرفَعُ الاشتباهَ، وكذا السِّجلُّ والصَّكُّ: ما كُتِبَ فيه البَيعُ، والرَّهنُ، والإقرارُ وغيرُها، والحُجَّةُ والوثيقةُ يتناولانِ الثَّلاثةَ)) اهـ. والعُرْفُ الآنَ: السِّجلُّ[(٥)]: ما كُتِبَ في الواقعةِ وبَقِيَ عندَ القاضي وليس عليه خَطُّهُ، [٣/ق٢٠١/أ] والحُجَّةُ: ما عليه علامةُ القاضي أعلاهُ، وخَطُّ الشّاهدينِ أسفلَهُ، وأُعطِيَ للخصمِ، "بحر"[(٦)] مُلخَّصاً.

= قال الشّافعيُّ: أخبرني غيرُ واحدٍ مِن أهلِ العِلمِ والصِّدق مِن أهلِ المدينةِ ومكّةَ مِن قبائلِ قريشٍ ومِن غيرِهم ـ وكان بعضُهم أحسنَ اقتصاصاً للحديث مِن بعضٍ، وقد زادَ بعضُهم على بعضٍ في الحديث ــ ((أنَّ عمرَ رضي الله عنه لَمّا دوَّن الدَّواوين قال: ابدأ ببني هاشمٍ. ثمَّ قال: حضرت رسول الله ﷺ يعطيهم وبني المطَّلب، فإذا كان المُسِنُّ في الهاشميِّ قدَّمَهُ على المُطَّلبيِّ، وإذا كان في المُطَّلبيِّ قدَّمَه على الهاشميِّ، فوضَعَ الدِّيوان على ذلك، وأعطاهم عطاءَ القبيلةِ الواحدة، ثمَّ استَوَت له عبدُ شمسٍ ونوفلٌ في جِذْمِ النَّسب، فقال: عبدُ شمسٍ إخوةُ النَّبيِّ ﷺ لأبيه وأمِّه دون نوفلٍ فقدَّمَهُم، ثمَّ دعا بني نوفلٍ يتلُونَهم، ثمَّ استوت له عبدُ العُزَّى وعبدُ الدّار فقال: في بني أسدِ بن عبدِ العُزَّى أصهارُ النَّبيِّ ﷺ، وفيهم أنَّهم مِن المُطيَّبين، وقال بعضُهم: هم حِلفٌ مِن الفُضول ...)). ذكره الشّافعيُّ في "الأم" ٤/١٥٨ ـ وعنه البيهقيُّ في "الكبرى" ٦/٣٦٤.

(١) انظر شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ٢/٨٤.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٢٩٩.

(٣) "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء صـ١٩٦ـ.

(٤) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي ٢/٤١٥ ـ ٤١٦.

(٥) ((السجل)) ساقطة من "ك" و"ب" و"م".

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٢٩٩.

....

وإنَّما يطلُبُهُ لأنَّ الدِّيوانَ وُضِعَ ليكونَ حُجَّةً عندَ الحاجةِ، فيُجعَلُ في يـدِ مَـن لـه ولايـةُ القضاءِ، وما في يدِ الخصمِ لا يُؤمَنُ عليه التَّغييرُ بزيادةٍ أو نُقصانٍ. ثمَّ إنْ كـانتِ الأوراقُ مِـن بيتِ المالِ فلا إشكالَ في وجوبِ تسليمِها إلى الجديدِ، وكذا لو مِن مالِ الخُصومِ، أو مِن مالِ القاضي في الصَّحيحِ؛ لأنَّهم وضَعُوها في يدِ القاضي لعمَلِهِ[١]، وكذا القاضي يُحمَلُ على أنَّـه عَمِلَ ذلك تديُّناً لا تموُّلاً، وتمامُهُ في "الزَّيلعيِّ"[٢].

مطلبٌ في العملِ بالسِّجلاّتِ وكتبِ الأوقافِ القديمةِ

(تنبيهٌ)

مُفادُ قولِ "الزَّيلعيِّ": ((ليكونَ حُجَّةً عندَ الحاجةِ)) ـ ومثلُهُ في "الفتح"[٣] ـ أنَّه يَجُوزُ للجديـدِ الاعتمـادُ على سِجلِّ المعزولِ، مـع أنَّـه يـأتي[٤] أنَّـه لا يعمَـلُ بقـولِ المعـزولِ، وفي "الأشـباه"[٥]: ((لا يَعتمِدُ على الخَطِّ، ولا يَعمَلُ بمكتوبِ الوقفِ الذي عليه خُطوطُ القُضاةِ المـاضينَ)). لكـنْ قـال "البيريُّ"[٦]: ((المرادُ مِن قولِهِ: لا يَعتمِدُ أي: لا يقضي القاضي بذلك عندَ المنازعـةِ؛ لأنَّ الخَـطَّ مِمَّـا يُزوَّرُ ويُفتعَلُ كما في "مختصر الظَّهيريَّة"[٧]، وليس مِنه ما في "الأجناس" بنصٍّ: وما وجَـدَهُ القـاضي بأيدي القُضاةِ الذين كانوا قبلَهُ لها رسـومٌ في دَواوينِ القُضـاةِ أُجريَـت علـى الرُّسـومِ الموجـودةِ في دَواوينِهم وإنْ كان الشُّهودُ الذين شَـهِدُوا عليهـا قـد مـاتوا، قـال الشَّـيخُ "أبـو العبَّـاس"[٨]: يَجُـوزُ الرُّجوعُ في الحُكمِ إلى دَواوينِ مَن كان قبلَهُ مِن الأُمَناءِ)) اهـ. ٤/٣٠٨

---

(١) في "ك" و"آ": ((لعلمه)).

(٢) انظر "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ٤/١٧٧.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٥ ـ ٣٦٦.

(٤) صـ٣٢٧ـ "در".

(٥) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٥٧ـ.

(٦) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ق١١٥/أ.

(٧) لعله "المسائل البدرية المنتخبة من الفتاوى الظهيرية": للعيني (ت٨٥٥هـ)، وتقدمت ترجمته ١٢/٤٠٠.

(٨) أي: الشيخُ أبو العباس الناطفيُّ صاحبُ "الأجناس"، وتقدمت ترجمته ١/٣٩٧.

(ونظَرَ في حالِ المحبُوسينَ) في سجنِ القاضي، ....

أي: لأنَّ سِجلَّ القاضي لا يُزوَّرُ عادةً، حيثُ كان محفوظاً عندَ الأُمَناءِ بخلافِ ما كان بيَدِ الخصمِ. وقدَّمنا[(١)] في الوقفِ عن "الخيريَّة": ((أنَّه إنْ كان للوقفِ كتابٌ في سِجلِّ القُضاةِ وهو في أيديهم اتُّبِعَ ما فيه استحساناً إذا تنازَعَ أهلُهُ فيه)). وصرَّحَ أيضاً في "الإسعاف"[(٢)] وغيرِهِ: ((بأنَّ العملَ بما في دَواوينِ القُضاةِ استحسانٌ)). والظَّاهرُ أنَّ وجهَ الاستحسانِ ضرورةُ إحياءِ الأوقافِ ونحوِها عندَ تقادُمِ الزَّمانِ، بخلافِ السِّجلِّ الجديدِ؛ لإمكانِ الوقوفِ على حقيقةِ ما فيه بإقرارِ الخصمِ أو البيِّنةِ، فلذا لا يَعتمِدُ عليه.

وعلى هذا، فقولُ "الزَّيلعيِّ": ((ليكونَ حُجَّةً عندَ الحاجةِ)) معناهُ: عندَ تقادُمِ الزَّمانِ، وبهذا يتأيَّدُ ما قالَهُ المحقِّقُ "هبةُ اللهِ البعليُّ" في "شرحه على الأشباه"[(٣)] ـ بعدَ ما مرَّ[(٤)] عن "البيريِّ" ـ: ((مِن أنَّ هذا صريحٌ في جوازِ العملِ بالحُجَّةِ وإنْ ماتَ شهودُها، حيثُ كان مَضمُونُها ثابتاً في السِّجلِّ المحفوظِ)) اهـ. لكنْ لا بدَّ مِن تقييدِهِ بتقادُمِ العَهْدِ كما قُلنا، توفيقاً بينَ كلامِهم، ويأتي تمامُ الكلامِ على الخَطِّ في بابِ كتابِ القاضي[(٥)]، وانظُر ما كتبناهُ في دعوى "تنقيح الفتاوى الحامديَّة"[(٦)].

[٢٦٠٤٤] (قولُهُ: ونظَرَ في حالِ المحبُوسينَ إلخ) بأنْ يبعَثَ إلى السِّجنِ مَن يعُدُّهم بأسمائهم، ثمَّ يسأَلَ عن سببِ حَبْسِهم، ولا بدَّ أنْ يثبُتَ عندَهُ سببُ وجوبِ حَبْسِهم، وثُبوتُهُ عندَ الأوَّلِ ليس بحُجَّةٍ يَعتمِدُها الثَّاني في حَبْسِهم؛ لأنَّ قولَهُ لم يَبقَ حُجَّةً، كذا في "الفتح"[(٧)]، "نهر"[(٨)].

---

(١) المقولة [٢١٦٥٨] قوله: ((وقوَّاه في "الفتح" بقولهم إلخ)).

(٢) "الإسعاف في أحكام الأوقاف": باب الشهادة على إقرار الواقف بحصته إلخ ـ فصل في ذكر حكم الأوقاف المتقادمة صـ٩٧ـ.

(٣) المسمى بـ"التحقيق الباهر شرح الأشباه والنظائر"، وتقدمت ترجمته ١٨٩/١.

(٤) في هذه المقولة.

(٥) المقولة [٢٦٥٤٩] قوله: ((لا يُعمَلُ بالخَطِّ)) وما بعدها.

(٦) انظر "العقود الدرِّية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ١٩/٢ وما بعدها.

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٧/٦.

(٨) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٩/ب.

وأمّا المحبُوسون(١) في سجنِ الوالي فعلى الإمامِ النَّظرُ في أحوالِهم، فمَن لَزِمَهُ أدبٌ أَدَّبهُ وإلاّ أَطلَقَهُ، ولا يُبِيِّتُ أحداً(٢) في قيدٍ إلاّ رجلاً مطلوباً بدَمٍ، ونفقةُ مَن ليس له مـالٌ في بيتِ المالِ، "بحر"(٣)، (فمَن أقرَّ مِنهم (بحَقٍّ، أو قامَت عليه بيِّنةٌ أَلزَمَـهُ) الحبسَ، ذكَـرَهُ "مسكينٌ"(٤)، وقيل: الحَقَّ(٥)، ....

[٢٦٠٤٥] (قولُهُ: وإلاّ أَطلَقَهُ) أي: إنْ لم يكنْ له قضيَّةٌ، وعبارةُ "النَّهـر"(٦) عـن كتـابِ "الخَراج"(٧) لـ"أبي يوسفَ": ((فمَن كان مِنهـم مِـن أهـلِ الدَّعـارةِ، والتَّلَصُّـصِ، والجِنايـاتِ ولَزِمَهُ أدبٌ أَدَّبهُ، ومَن لم يكنْ له قضيَّةٌ خَلَّى سبيلَهُ(٨))).

[٢٦٠٤٦] (قولُهُ: أو قامَت عليه بيِّنةٌ) أعمُّ مِن أنْ تشهَدَ بـأصلِ الحَقِّ أو بحُكـمِ القـاضي عليه، "بحر"(٩).

[٢٦٠٤٧] (قولُهُ: أَلزَمَهُ الحبسَ) أي: أدامَ حَبْسَهُ، "بحر"(٩).

[٢٦٠٤٨] (قولُهُ: وقيل: الحَقَّ) قائلُهُ في "الفتح"، حيثُ قال(١٠): ((مَنِ اعترَفَ بحَقٍّ أَلزَمَهُ إيّاهُ ورَدَّهُ إلى السِّجنِ))، واعترَضَهُ في "البحر"(١١): ((بأنَّه لـو اعـترَفَ بأنـه أقـرَّ عنـدَ المعـزولِ بـالزِّنى لا يُعتبَرُ؛ لأنَّه بطَلَ، بل يَستقبِلُ الأمرَ، فإنْ أقرَّ أربعاً في أربعةِ مجالسَ حدَّهُ))اهـ. وفيه: أنَّ المتبـادرَ مِن الحَقِّ حَقُّ العبدِ.

---

(١) في "د" و"و": ((المحبوس)).

(٢) في "د": ((أحد)) بالرفع.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٠.

(٤) "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء صـ١٩٦ ـ ١٩٧ـ.

(٥) أي: وقيل: أَلزمَهُ الحَقَّ.

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٩/ب.

(٧) لم نعثر على المسألة في مطبوعة "الخراج" التي بين أيدينا.

(٨) قوله: ((ومن لم يكن له قضيةٌ خَلّى سبيلَه)) ليس في مخطوطة "النهر" التـي بـين أيدينـا، ونقـل العبـارةَ المذكـورةَ عـن "الخراج" صاحبُ "البحر" ٦/٣٠٠.

(٩) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠١.

(١٠) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٧.

(١١) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠١.

(وإلاّ نادَى عليه) بقَدْرِ ما يرَى، ثمَّ أَطلَقَهُ[١] بكفيلٍ بنفسِهِ، فإنْ أَبَى نادَى عليه شهراً ثمَّ أَطلَقَهُ. (وعَمِلَ في الودائعِ وغَلاّتِ الوقفِ ببيِّنةٍ أو إقرارِ) ذي اليَدِ، (ولم يَعمَلِ) المُولَّى (بقولِ المعزولِ)؛ لالتحاقِهِ بالرَّعايا، وشهادةُ الفَرْدِ لا تُقبَلُ، خصوصاً بفعلِ نفسِهِ، "درر"[٢]. ....

[٢٦٠٤٩] (قولُهُ: وإلاّ) أي: وإنْ لم يُقِرَّ بشيءٍ ولم تَقُمْ عليه بيِّنةٌ، بلِ ادَّعَى أنَّه حُبِسَ ظُلماً، "نهر"[٣].

[٢٦٠٥٠] (قولُهُ: نادَى عليه) ويقولُ المنادي: مَن كان يُطالِبُ فُلانَ بنَ فُلانٍ الفلانيَّ بحَقٍّ فليَحضُرْ، "زيلعي"[٤].

[٢٦٠٥١] (قولُهُ: فإنْ أَبَى) عن إعطاءِ الكفيلِ، وقال: [٣/ق٢٠١/ب] لا كفيلَ لي، "بحر"[٥].

[٢٦٠٥٢] (قولُهُ: نادَى عليه شهراً) أي: يستأنِفُهُ بعدَ مدَّةِ المناداةِ الأُولى.

[٢٦٠٥٣] (قولُهُ: في الودائعِ) أي: ودائعِ اليتامى، "نهر"[٦].

[٢٦٠٥٤] (قولُهُ: ببيِّنةٍ) أي: يُقيمُها الوصيُّ مثلاً على مَن هي تحتَ يدِهِ أنَّها ليتيمِ فُلانٍ، أو ناظرُ الوقفِ أنَّ هذه الغَلَّةَ لوقفِ فُلانٍ، وكأنَّه مبنيٌّ على عُرْفِهِم مِن أنَّ الكلَّ تحتَ يدِ أمينِ القاضي. وفي زمانِنا أموالُ الأوقافِ تحتَ يدِ نُظّارِها، وودائعُ اليتامى تحتَ يدِ الأوصياءِ، ولو فُرِضَ أنَّ المعزولَ وضَعَ ذلك تحتَ يدِ أمينٍ عَمِلَ القاضي بما ذُكِرَ، "نهر"[٦].

[٢٦٠٥٥] (قولُهُ: المُولَّى) بتشديدِ اللاّمِ المفتوحة، أي: القاضي الجديدُ.

[٢٦٠٥٦] (قولُهُ: "درر") ومثلُهُ في "الهداية"[٧] وغيرِها.

---

(١) في "د" و"و": ((يطلقه)).

(٢) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٢/٤٠٦.

(٣) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٩/ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ٤/١٧٧.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠١.

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٩/ب.

(٧) "الهداية": كتاب أدب القاضي ٣/١٠٢.

ومُفادُهُ رَدُّها ولو مع آخَرَ، "نهر"[١].

قلتُ: لكنْ أفتى "قارئ الهداية"[٢] بقَبُولِها، وتَبِعَهُ "ابنُ نجيمٍ"، فتنبَّهْ...........

[٢٦٠٥٧] (قولُهُ: ومُفادُهُ) أي: مُفادُ قولِهِ: ((خصوصاً بفعلِ نفسِهِ))، وأصلُ البحثِ لصاحبِ "البحر"[٣]، وقد رأيتُهُ صريحاً في "كافي الحاكم"، ونصُّهُ: ((وإذا عُزِلَ عنِ القضاءِ، ثمَّ قال: كنتُ قضَيتُ لهذا على هذا بكذا وكذا لم يُقبَلْ قولُهُ فيه، وإنْ شَهِدَ مع آخَرَ لم تُقبَلْ شهادتُهُ حتّى يشهَدَ شاهدانِ سواهُ)) اهـ. ومثلُهُ في "القُهستانيِّ"[٤] عن "المبسوط"[٥].

[٢٦٠٥٨] (قولُهُ: وتَبِعَهُ "ابنُ نجيمٍ") أي: في "فتاواه"، وأمّا ما ذَكَرَهُ في "بحره" فقد عَلِمتَ[٦] مُوافقتَهُ لِما في "النَّهر". وعبارةُ "فتاواه"[٧] التي رتَّبَها له تلميذُهُ "المصنِّف"[٨] هكذا: ((سئلَ عنِ الحاكمِ إذا أخبَرَ حاكماً آخَرَ بقضيَّةٍ، هل يكتفي بإخبارِهِ ويَسُوغُ له الحُكمُ بذلك أمْ لا بدَّ مِن شاهدٍ آخَرَ معه؟ أجابَ: لا يكتفي بإخبارِهِ، ولا بدَّ مِن شاهدٍ آخَرَ معه، قال المرتِّبُ لهذه "الفتاوى"[٧]: قد تَبِعَ شيخُنا في ذلك ما أفتى به الشَّيخُ "سراجُ الدِّين قارئ الهداية"، ولا شكَّ أنَّ هذا قولُ "محمَّدٍ"، وأنَّ "الشَّيخين" قالا بقَبُولِ إخبارِهِ عن إقرارِهِ بشيءٍ مُطلقاً إذا كان لا يَصِحُّ رجوعُهُ عنه، ووافَقَهما "محمَّدٌ"، ثمَّ رجَعَ عنه وقال: لا يُقبَلُ إلا بضَمِّ رجلٍ آخَرَ عَدْلٍ إليه، وهو المرادُ بقولِ مَن رَوَى عنه أنَّهُ لا يُقبَلُ مُطلقاً، ثمَّ صحَّ رجوعُهُ إلى قولِهما كما في "البحر"[٩]،

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٩/ب.

(٢) "فتاوى قارئ الهداية": صـ١٠١ـ.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠١.

(٤) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢١.

(٥) "المبسوط": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ١٦/١٠٧ ـ ١٠٨.

(٦) في المقولة السابقة.

(٧) "فتاوى ابن نجيم": كتاب القضاء صـ١٤١ـ١٤٢ـ (هامش "الفتاوى الغياثية").

(٨) أي: العلاّمةُ التمرتاشيُّ رحمه الله تعالى.

(٩) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ـ مسائل شتى ٧/٥٤.

(إلاّ أنْ يُقِرَّ ذو اليدِ أنَّه) أي: المعزولَ (سلَّمَها) أي: الودائعَ والغَلاَّتِ (إليه، فيُقبَلُ قولُهُ فيهما):

ثمَّ قال[1]: وأمّا إذا أخبَرَ القاضي بـإقرارِهِ عـن شيءٍ يَصِحُّ رجوعُـهُ كـالحَدِّ لـم يُقبَـلْ قولُـهُ بالإجماعِ، وإنْ أخبَرَ عن ثُبُوتِ الحَقِّ بالبيِّنةِ فقال: قامَت بذلك بيِّنةٌ وعدَّلوا وقُبِلَت شـهادتُهم على ذلك يُقبَلُ في الوجهينِ جميعاً، انتهى كلامُهُ)). انتهى ما في "الفتاوى".

أقولُ: وحاصلُهُ أنَّ القاضيَ لو أخبَرَ عن إقرارِ رجلٍ بما لا يَصِحُّ رجوعُهُ عنه كبَيْـعٍ أو قَـرْضٍ مثلاً يُقبَلُ عندَهما مُطلقاً، ووافقَهما "محمَّدٌ" أوَّلاً، ثمَّ رجَعَ وقال: لا يُقبَلُ ما لم يَشهَدْ معـه آخَـرُ، ثمَّ صحَّ رجوعُهُ إلى قولِهما بالقَبُولِ مُطلقاً كما لو أخبَرَ عن حُكمِهِ بثُبُوتِ حَقٍّ بالبيِّنـةِ، فعلـى هـذا لم يَبقَ خلافٌ في قَبُولِ قولِ القاضي وحدَه[2]، ولا يخفَـى أنَّ كلامَنـا في المعـزولِ، وهـذا في المُولَّـى كما يُعلَمُ مِن "شرح أدب القضاء"[3]، وكذا مِمّا سيأتي[4] قبيلَ كتابِ الشَّهاداتِ عندَ قولِهِ: ((ولو قال قاضٍ عَدْلٌ: قضَيتُ على هذا بالرَّجمِ إلخ))، وبه يُشعِرُ أصلُ السُّؤالِ، حيثُ عبَّرَ بـ((الحـاكمِ))، وعبارةُ "قارئ الهداية"[5] كذلك، وبه عُلِمَ أنَّ الاستدراكَ على ما في "النَّهر" في غيرِ مَحلِّه.

٣٠٩/٤

[٢٦٠٥٩] (قولُهُ: فيُقبَلُ قولُهُ) أي: قولُ المعزولِ، وشَمِلَ ثلاثَ صُورٍ: ما إذا قال ذو اليدِ بعدَ إقرارِهِ بتسليمِ القاضي المعزولِ إليه: إنَّها لزيدٍ الذي أقرَّ له المعزولُ، أو قـال: إنَّهـا لغـيرِهِ، أو قال: لا أدري؛ لأنَّه في هذه الثَّلاثِ ثبَتَ بإقرارِهِ أنَّه مُـوْدَعُ المعـزولِ، ويـدُ المُـوْدَعِ كيـدِهِ، فصار كأنَّه في يدِ المعزولِ، فيُقبَلُ إقرارُهُ به كما في "الزَّيلعيِّ"[6]، بخلافِ ما إذا أنكَرَ ذو اليـدِ التَّسليمَ، فإنَّه لا يُقبَلُ قولُ المعزولِ كما في "البحر"[7].

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ـ مسائل شتى ٥٤/٧.

(٢) ((وحده)) ليست في "آ" و"ب" و"م".

(٣) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثامن والثلاثون في ما ينبغي للقاضي أن يعمل به ٨٥/٣ وما بعدها.

(٤) المقولة [٢٦٧٥٤] قوله: ((وقيل: يُقبَلُ لو عَدْلاً عالِماً)).

(٥) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في إخبار القاضي قاضياً آخر بقضية صـ١٠١ـ.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ١٧٨/٤.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٣٠٢/٦.

إنَّها لزيدٍ، إلاّ إذا بدَأَ ذو اليدِ بالإقرارِ للغيرِ، ثمَّ أقرَّ بتسليمِ القاضي إليه، فأقرَّ القاضي بأنَّها لآخرَ، فيُسلَّمُ للمُقَرِّ له الأوَّلِ، ويَضمَنُ المُقِرُّ قيمتَه أو مثلَهُ للقاضي بإقرارِهِ الثّاني، يُسلِّمُهُ لِمَن أقرَّ له القاضي. (ويقضي في المسجدِ)، ويَختارُ مسجداً في وسَطِ البَلدِ تيسيراً للنّاسِ،..

[٢٦٠٦٠] (قولُهُ: فيُسلَّمُ للمُقَرِّ له الأوَّلِ) لأنَّه لمّا بدَأَ بالإقرارِ صحَّ إقرارُهُ ولَزِمَ؛ لأنَّه أقرَّ بما هو في يدِهِ، فلمّا قال: دفَعَهُ إليَّ القاضي فقد أقرَّ أنَّ اليدَ كانت للقاضي، والقاضي يُقِرُّ به لآخَرَ، فيصيرُ هو بإقرارِهِ مُتلِفاً لذلك على مَن أقرَّ له القاضي، "فتح"[١]، ثمَّ قال: ((فرعٌ يُناسِبُ هذا: لو شَهِدَ شاهدانِ أنَّ القاضيَ قضَى لفُلانٍ على فُلانٍ بكذا، وقال القاضي: لم أَقْضِ بشيءٍ لا تَجُوزُ شهادتُهما عندَهما، ويُعتبَرُ قولُ القاضي، وعندَ [٣/ق٢٠٢/أ] "محمَّدٍ" تُقبَلُ، ويَنفُذُ ذلك)) اهـ. وقدَّمنا[٢] عن "البحر": ((أنَّه في "جامع الفصولين" رجَّحَ قولَ "محمَّدٍ"؛ لفسادِ الزَّمانِ)).

[٢٦٠٦١] (قولُهُ: ويقضي في المسجدِ) وبه قال "أحمدُ"[٣] و"مالكٌ"[٤] في الصَّحيحِ عنه خلافاً لـ"الشّافعيِّ"[٥]، له: أنَّ القضاءَ يَحضُرُهُ المُشرِكُ وهو نَجِسٌ بالنَّصِّ، وقد أطالَ في "الفتح"[٦] في الاستدلالِ للمذهبِ، ثمَّ قال[٦]: ((وأمّا نجاسةُ المُشرِكِ ففي الاعتقادِ على معنى التَّشبيهِ، والحائضُ يَخرُجُ إليها أو يُرسِلُ نائبَهُ كما لو كانتِ الدَّعوى في دابَّةٍ))، وتمامُ الفروعِ فيه وفي "البحر"[٧].

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٩/٦.

(٢) المقولة [٢٥٩٣٣] قوله: ((وطريقٌ)).

(٣) انظر "المغني": كتاب القضاء ـ شروط القاضي ٥١٠/١٣ ـ ٥١١.

(٤) قال مالك رحمه الله تعالى في "المدونة الكبرى" ـ كتاب القضاء ١٤٤/٥: ((القضاءُ في المسجد من الحقّ، وهو من الأمر القديم))، وفي "مواهب الجليل": باب القضاء ١١٤/٦: ((إلا أنَّ المستحَبَّ في القضاء هو الرِّحابُ الخارجة عن المسجد، هو المشهور)).

(٥) انظر "نهاية المحتاج": كتاب القضاء ـ فصل في آداب القضاء وغيرها ٢٥٣/٨.

(٦) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٩/٦ ـ ٣٧٠ .

(٧) انظر "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٣٠٢/٦.

ويَستدبرُ القِبلةَ كـ: خطيبٍ ومُدرِّسٍ، "خانيَّة"[١]. وأُجرةُ المُحضِرِ على المُدَّعي، هو الأصحَّ، "بحر"[٢] عن "البزّازيَّة"، وفي "الخانيَّة"[٣]: ((على المُتمرِّدِ، وهو الصَّحيحُ))، (وكذا السُّلطانُ) والمفتي، والفقيهُ،..

[٢٦٠٦٢] (قولُهُ: ويَستدبِرُ) أي: ندباً كما في الذي قبْلَه "ط"[٤].

مطلبٌ في أُجرةِ المُحضِرِ

[٢٦٠٦٣] (قولُهُ: وأُجرةُ المُحضِرِ إلخ) بضَمِّ أوَّلِهِ وكسرِ ثالثِهِ، هو مَن يُحضِرُ الخَصْمَ. وعبارةُ "البحر"[٥] هكذا: ((وفي "البزّازيَّة"[٦]: ويستعينُ بأعوانِ الوالي على الإحضارِ، وأُجرةُ الإشخاصِ في بيتِ المالِ، وقيل: على المُتمرِّدِ، في المِصْرِ مِن نصفِ درهمٍ إلى درهمٍ، وفي خارجِهِ لكلِّ فَرْسَخٍ ثلاثةُ دراهمَ أو أربعةٌ، وأُجرةُ المُوكَّلِ على المُدَّعي، وهو الأصحُّ. وفي "الذَّخيرة": أنَّه المُشخِصُ، وهو المأمورُ بمُلازمةِ المُدَّعَى عليه)) اهـ.

والإشخاصُ ـ بالكسر ـ بمعنى الإحضارِ، قد فرَّقَ بينَ المُحضِرِ وبينَ المُلازِمِ، وهذا غيرُ ما نقَلَهُ "الشّارحُ"، فتأمَّلْ. وفي "منية المفتي": ((مؤونةُ المُشخِصِ قيل: في بيتِ المالِ، وفي الأصحِّ على المُتمرِّدِ)) اهـ. وهذا ما في "الخانيَّة".

والحاصلُ: أنَّ الصَّحيحَ: أنَّ أُجرةَ المُشخِصِ بمعنى المُلازمِ على المُدَّعِي، وبمعنى الرَّسولِ المُحضِرِ على المُدَّعَى عليه لو تَمرَّدَ، بمعنى: امتَنعَ عنِ الحُضورِ، وإلاّ فعلى المُدَّعِي، هذا خلاصةُ ما في "شرح الوهبانيَّة"[٧].

(١) "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ـ فصل فيما يستحقُّ على القاضي وما ينبغي له أن يفعل وما لا يفعل ٢/٣٦٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٤.

(٣) "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ـ فصل فيما يستحقُّ على القاضي وما ينبغي له أن يفعل وما لا يفعل ٢/٣٦٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "ط": كتاب القضاء ٣/١٨٣.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٤.

(٦) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الثاني في أدبه ٥/١٤٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ١/٢٩٦.

(أو) في (دارِهِ) ويأذَنُ عُموماً (ويَرُدُّ هديَّةً)، التَّنكيرُ للتَّقليلِ، "ابن كمالٍ"، ....

[٢٦٠٦٤] (قولُهُ: أو في دارِهِ) لأنَّ العبادةَ لا تتقيَّدُ بمكانٍ، والأَولى أنْ تكونَ الدّارُ في وسَطِ البَلَدِ كالمسجدِ، "نهر"(١).

مطلبٌ في هديَّةِ القاضي

[٢٦٠٦٥] (قولُهُ: ويَرُدُّ هديَّةً) الأصلُ في ذلك ما في "البخاريِّ" عن أبي حُميدٍ السّاعديِّ قال: استعمَلَ النَّبيُّ ﷺ رجلاً مِن الأَزْدِ يُقالُ له: ابنُ اللُّتْبيَّةِ على الصَّدَقةِ، فلمّا قَدِمَ قال: هذا لكم، وهذا لي، قال عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ: «هلاّ جلَسَ في بيتِ أبيهِ أو بيتِ أُمِّهِ فيَنظُرَ أيُهدَى له أم لا؟»(٢)،

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/أ.

(٢) روى سفيانُ بن عُيينةَ وشُعيبٌ ومَعمرٌ ويونُسُ بن يزيدَ وابنُ أخي الزهري وزَمعةُ بن صالحٍ وسليمانُ بن كثيرٍ عن الزُّهريِّ عن عُرْوةَ بنِ الزُّبير عن أبي حُميدٍ السّاعديِّ قال: استعمَلَ رسولُ الله ﷺ رجلاً مِن الأَسْدِ يقال له: ابنُ اللُّتْبيَّة على الصَّدَقة، فلمّا قَدِمَ قال: هذا لكم وهذا أهدي لي، قال: فقامَ رسولُ الله ﷺ على المنبر فحَمِدَ الله وأثنى عليه وقال: ((ما بالُ عاملٍ أبعثُهُ فيقولُ: هذا لكم وهذا أُهدِيَ لي، أفلا قعَدَ في بيتِ أبيه أو في بيتِ أُمِّه حتّى ينظُرَ أيُهدَى إليه أم لا، والذي نفسُ محمَّدٍ بيدِه لا يَنالُ أحدٌ مِنكم مِنها شيئاً إلاّ جاءَ به يومَ القيامةِ يحمِلُه على عُنقِه، بعيرٌ له رُغاءٌ، أو بقرةٌ لها خُوارٌ، أو شاةٌ تَيْعِرُ))، ثمَّ رفَعَ يديه حتّى رأينا عُفْرَتَي إبطَيه، ثمَّ قال: ((اللهمَّ هل بلَّغتُ)) مرَّتين. قال أبو حُميدٍ: قد سَمِعَ ذلك معي مِن رسول الله ﷺ زيدُ بنُ ثابتٍ فسَلُوه.

أخرجه البخاريُّ (٩٢٥) في الجمعة ـ باب مَن قال: أمّا بعد، و(٢٥٩٧) في الهبة ـ باب مَن لم يَقبَل الهديَّة لعِلَّة، و(٦٦٣٦) في الأيمان ـ باب كيف كانت يمين النَّبيِّ، و(٧١٧٤) في الأحكام ـ باب هدايا العمّال، ومسلمٌ (١٨٣٢) في الإمارة ـ باب تحريم هدايا العمّال، وأبو داودَ (٢٩٤٦) في الخَراج ـ باب في هدايا العمّال، والشّافعيُّ في "الأُمّ" ٥٨/٢ ـ وعنه البيهقيُّ في "معرفة السنن" (٨٤٢١)، وأحمدُ ٤٢٣/٥ ـ ٤٢٤، وأبو داودَ الطَّيالسيُّ (١٢١٣)، وعبدُ الرَّزّاق (٦٩٥٢)، وأبو عُبيد في "الأموال" (٦٥٤)، والدّارمي (١٦٦٩) و(٢٤٩٣)، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٣٧٠٧)، وابنُ خُزيمة (٢٣٣٩)، وأبو عَوانةَ (٧٠٦٢ ـ ٧٠٦٨) و(٧٠٧٢)، وابنُ قانع في "معجمه" ١٥٨/٢، والطَّحاويُّ في "بيان مشكل الآثار" (٤٣٤٠)، والبيهقيُّ في "الكبرى" ١٥٨/٤ ـ ١٥٩ و١٦/٧ و١٣٨/١٠. قال سفيانُ: وزاد هشامُ بن عُرْوةَ: قال أبو حُميد: سَمْعَ أذنيَّ وبَصَرَ عينيَّ وسَلُوا زيدَ بن ثابت. قال البَزّار: وهذا الحديث لا نعلَمُ أحداً يرويه بهذا اللَّفظ إلاّ أبو حُميدٍ عن رسول الله ﷺ، ورواه عن الزُّهريِّ جماعةٌ، واستغنينا بروايةِ ابن عُيينةَ عنه إلاّ أنْ يزيدَ فيه فيُكتَبُ مِن أجل الزِّيادة.

ورواه الحُميديُّ في "مسنده" (٨٦٣) عن سفيانَ عن الزُّهريِّ وهشامٌ عن عُرْوةَ به ـ وعنه ابنُ بَشكُوال في "غوامض الأسماء المبهمة" ٦٦٤/٢.

=

وروى سفيانُ أيضاً ومَعمرٌ وابنُ جُريجٍ وحمّادُ بنُ سَلَمةَ والثّوريُّ واللّيثُ ويحيى بنُ سعيدٍ الأنصاريُّ وأبو أسامةَ وعَبدةُ وابنُ نُمير وأبو معاويةَ وأنسُ بن عِياض وعبدُ الرَّحيم بنُ سليمانَ ومحمَّدُ بن إسحاقَ والمباركُ ابن فَضالة عن هشامِ بنِ عُرْوةَ عن أبيه عن أبي حُميدٍ قال: استعمَلَ رسولُ الله ﷺ رجلاً مِن الأَزْد على صدقاتِ بني سُليمٍ يُدعَى ابن الأُتْبيَّة، فلمّا جاءَ حاسبَه قال: هذا مالُكم وهذا هديَّةٌ، فقال رسولُ الله ﷺ: ((فهلاّ جلستَ في بيتِ أبيك وأُمِّك حتّى تأتيَكَ هديَّتُك إنْ كنتَ صادقاً، ثمَّ خطبَنا فحَمِدَ اللهَ وأثنى عليه))، ثمَّ قال: ((أمّا بعدُ، فإنّي أستعمِلُ الرَّجلَ مِنكم على العملِ مِمّا ولاّني الله، فيأتي فيقول: هذا مالُكم وهذا هديَّةٌ أُهدِيَت لي، أفلا جلَسَ في بيتِ أبيه وأُمِّه حتّى تأتيَه هديَّتُه إنْ كان صادقاً، والله لا يأخُذُ أحدٌ مِنكم مِنها شيئاً بغير حَقّه إلاّ لَقِيَ اللهَ تعالى يحملُهُ يومَ القيامة، فلأَعرِفنَّ أحداً مِنكم لَقِيَ اللهَ يحمِلُ بعيراً له رُغاءٌ، أو بقرةً لها خُوارٌ، أو شاةً تَيعَرُ، ثمَّ رَفَعَ يديه حتّى رؤي بياضُ إبطَيه))، ثمَّ قال: ((اللهمَّ هل بلَّغتُ)). بصر عينيَّ وسمع أذنيَّ.

أخرجه البخاريُّ (١٥٠٠) في الزّكاة ـ باب قول الله: ﴿والعاملين عليها﴾، و(٦٩٧٩) في الحِيَل ـ باب احتيال العامل لِيُهدَى له، و(٧١٩٧) في الأحكام ـ باب محاسبة الإمام عمّاله، ومسلمٌ (١٨٣٢)، والشّافعيُّ في "الأُمّ" ٢/٥٩، وعبدُ الرَّزّاق (٦٩٥٠) و(٦٩٥١) ـ وعنه الخطيبُ في "تاريخ بغداد" ٥/٨٧، وأبو داودَ الطَّيالسيُّ (١٢١٣)، وابنُ أبي شَيبةَ ٦/٥٤٧ و١٤/٤٩٣ ـ ٤٩٤، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٣٧٠٨)، وابنُ خُزيمة (٢٣٤٠)، وأبو عَوانةَ (٧٠٥٦ ـ ٧٠٦٠) و(٧٠٦٥) و(٧٠٧٢) و(٧٠٧٦)، والطَّحاويُّ في "بيان المشكل" (٤٣٣٤ ـ ٤٣٣٦) و(٤٣٣٨) و(٤٣٤١)، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٤٥١٥)، وابنُ قانعٍ في "معجمه" ٢/١٥٨، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٧٧٢٦)، وفي "الصَّغير" (٨٣٨)، والعسكريُّ في "تصحيفات المُحدِّثين" صـ٢٢١ـ، وابنُ السُّنّيّ في "عمل اليوم واللَّيلة" (٣٢٩)، وتَمّامٌ في "فوائده" كما في "الرَّوض البسّام" (٩٢٩)، والبيهقيُّ ٤/١٥٩، وابنُ بَشكُوال في "غوامض الأسماء المبهمة" ٢/٦٦٠ ـ ٦٦٥. قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِه عن سفيانَ إلاّ الحارثُ بنُ منصورٍ.

وروى عبدُ الرَّحمن بنُ أبي الزِّناد وأبو إسحاقَ الشَّيبانيُّ عن عبد الله بنِ ذَكوانَ (وهو أبو الزِّناد) عن عُروةَ بنِ الزُّبير أنَّ رسولَ الله ﷺ استعمَلَ رجلاً على الصَّدقة فجاءَ بسوادٍ كثير، فجعَلَ يقول: هذا لكم، وهذا أُهدِيَ إليَّ ... فذكَرَ نحوَه. قال عُرْوةُ: فقلتُ لأبي حُميدٍ السّاعديِّ: أَسَمِعتَه مِن رسول الله ﷺ؟ فقال: مِن فيه إلى أُذنيَّ.

أخرجه مسلمٌ (١٨٣٢)، وابنُ خُزيمة (٢٣٨٢)، وأبو عَوانةَ (٧٠٦٩) و(٧٠٧٠)، والطَّحاويُّ في "بيان المشكل" (٤٣٣٨) و(٤٣٣٩).

وكذلك رواه أبو الأسود (ح)، وعبدُ الله العُمَريُّ عن يزيدَ بنِ رُومانَ كلاهما عن عُرْوةَ به.

أخرجه أبو عَوانةَ (٧٠٧١) و(٧٠٧٤)، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٩١١٤).

قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِه عن ابنِ رُومانَ إلاّ عبدُ الله بنُ عمرَ العُمَريُّ.

وروى إسماعيلُ بن عَيّاش عن يحيى بنِ سعيدٍ عن عُروةَ بنِ الزُّبير عن أبي حُميدٍ السّاعديِّ قال رسول الله ﷺ: ((هدايا العُمّال غُلولٌ)). وروايةُ إسماعيلَ عن الحجازيِّين ضعيفةٌ واهيةٌ.

أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٣٧٢٣)، وأبو عَوانةَ (٧٠٧٣)، وابنُ عَديٍّ ١/٣٠٠، وعنه البيهقيُّ ١٠/١٣٨. قال البَزّار: وهذا الحديث رواه إسماعيلُ بن عَيّاش، واختصرَه وأخطأ فيه، وإنّما هو عن الزُّهريِّ عن عُرْوةَ عن أبي حُميدٍ: ((أنَّ النَّبيَّ ﷺ بعَثَ رجلاً على الصَّدَقة)).

....

قال "عمرُ بنُ عبدِ العزيز": كانتِ الهديَّةُ على عَهْـدِ رسـولِ اللهِ ﷺ هديَّـةً، واليـومَ رِشـوةٌ، ذكَرَهُ "البخاريُّ"[(١)]. واستعمَلَ "عمرُ" "أبا هريرةَ" فقَدِمَ بمالٍ، فقال له: مِن أين[(٢)] لك هذا؟

---

(١) "صحيح البخاريّ" في الهبة وفضلِها ـ باب مَن لم يَقبَلِ الهديَّةَ لعِلَّة، قبل حديث (٢٥٩٦).

روى عبدُ الله بنُ جعفرٍ الرَّقِّيُّ عن أبي المَليح الحسن بنِ عمرٍو الرَّقِّيِّ عـن فُراتِ بـن مسـلمٍ قـال: ((اشـتَهَى عمرُ بن عبد العزيز التُّفّاحَ، فبعَثَ إلى بيته فلم يَجِدْ شيئاً يشترون له بـه، فرَكِـبَ ورَكِبنـا معـه، فمـرَّ بدَيـرٍ فتلقّـاهُ غِلمانٌ للدَّيرانيين معهم أطباقٌ فيها تُفّاحٌ، فوقَفَ على طَبَقٍ مِنها فتناوَلَ تُفّاحةً فشَـمَّها ثـمَّ أعادَهـا إلى الطَّبـقِ، ثـمَّ قال: ادخُلُوا دَيرَكم، لا أعلمُكم بعثتُم إلى أحدٍ مِن أصحابي بشيءٍ، قال: فحرَّكتُ بغلتي فلحِقْتُه، فقلتُ: يا أمـير المؤمنين اشتهيتَ التُّفّاحَ فلم يَجِدُوه لك فأُهدِيَ لك فردَدْتَه، قال: لا حاجةَ لي فيه، فقلتُ: ألم يكـنْ رسـولُ الله ﷺ وأبو بكرٍ وعمرُ يقبلون الهديَّة؟ قال: إنَّها لأولئك هديَّةٌ، وهي للعُمّال بعدَهم رِشوةٌ)).

أخرجه ابنُ سعدٍ في "الطَّبقات" ٣٧٧/٥، وأبو علـيٍّ الحَرّانـيُّ في "تـاريخ الرَّقَّـة" (١٨٠)، وابـنُ عسـاكرَ في "تاريخ دمشق" ٢٤٤/٤٨ ـ ٢٤٥، وابنُ عبد الحَكمِ في "سيرة عمر بن عبد العزيز" صـ١٦٠ـ، وأحمدُ بـن إبراهيـمَ الدَّورقيُّ في كتاب "أخبار عمر بن عبد العزيز" كما في "تغليق التَّعليق" ٣٥٩/٣.

وروى إسماعيلُ بنُ موسى السُّدِّيُّ ثنا أبـو المَليـح عـن مَيمـون بـنِ مَهرانَ قـال: ((أُهـدِيَ إلى عمـرَ بـنِ عبدِ العزيز تُفّاحٌ وفاكهةٌ فرَدَّها، وقال: لا أعلمَنَّ أنَّكم قد بعثتُم إلى أحدٍ مِن أهل عَمَلي بشـيءٍ، قيـل لـه: ألـم يكنْ رسولُ الله ﷺ يَقبَلُ الهديَّةَ؟ قال: بلى، ولكنَّهـا لنـا ولِمَـن بعدَنـا رِشـوةٌ)). أخرجـه أبـو نُعَيـم في "حليـة الأولياء" ٢٩٤/٥.

وروى الهيثمُ بن خارجةَ ثنا إسماعيلُ بن عَيّاش عن عمرِو بنِ مُهاجرٍ قال: ((اشتَهَى عمرُ تُفّاحاً فقال: لو أنَّ عندَنا شيئاً مِن تُفّاحٍ فإنَّه طيِّبٌ، فقام رجلٌ مِن أهله فأَهدَى إليه تُفّاحاً، فلمّا جاءَ به الرَّسولُ قال: ما أطيبَه وأطيبَ ريحَه وأحسنَه، ارفَعْ يا غلامُ واقرأْ على فُلانٍ السَّـلامَ وقـل لـه: إنَّ هديَّتَـك قـد وقَعَـت عندَنـا بحيـثُ تُحِـبُّ، قـال عمرُو بنُ مهاجرٍ: فقلتُ له: يا أمير المؤمنين ابنُ عمِّك رجلٌ مِن أهل بيتِك، وقد بلَغَك أنَّ النَّبـيَّ ﷺ كـان يـأكلُ الهديَّة ولا يأكلُ الصَّدقةَ، قال: إنَّ الهديَّةَ كانت للنَّبيِّ ﷺ هديَّةً، وهي لنا رِشوةٌ)).

أخرجه أبو نُعَيم في "حلية الأولياء" ٢٩٤/٥، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ١٧/٢ ـ ١٨، وابنُ عسـاكرَ ٢٢٠/٤٥، وعنهم ابنُ حَجَرٍ في "تغليق التَّعليق" ٣٥٨/٣ ـ ٣٥٩، كلُّهم من طريق أحمدَ بنِ عبد الجبّار الصُّوفيِّ عن الهيثم به.

(٢) من هنا إلى أول كتاب الإجارة ساقط من نسخة "ك".

وهي ما يُعطَى بلا شرطِ إعانةٍ، بخلافِ الرِّشوةِ، "ابن مَلَكٍ". ولو تأذَّى المُهدِي بالرَّدِّ يُعطيهِ مثلَ قيمتِها، "خلاصة"[1]، ولو تعَذَّرَ الرَّدُّ لعَدَمِ مَعرفتِهِ أو بُعْدِ مَكانِهِ وضَعَها في بيتِ المالِ، ....

قال: تلاحَقَتِ الهدايا، فقال له "عمرُ": أَيْ عدُوَّ اللهِ هلاّ قَعَدتَ في بيتِك فتَنظُرَ أَيُهدَى لك أم لا؟ فأخَذَ ذلك مِنه وجعَلَهُ في بيتِ المالِ[2]. وتعليلُ النَّبيِّ ﷺ دليلٌ على تحريمِ الهديَّةِ التي سبَبُها الوِلايةُ، "فتح"[3].

قال في "البحر"[4]: ((وذِكرُ الهديَّةِ ليس احترازيّاً؛ إذ يَحرُمُ عليه الاستقراضُ والاستعارةُ مِمّن يَحرُمُ عليه قَبُولُ هديَّتِهِ كما في "الخانيَّة"[5])) اهـ.

قلتُ: ومُقتضاهُ أنَّه يَحرُمُ عليه سائرُ التبرُّعاتِ، فتَحرُمُ المُحاباةُ أيضاً، ولذا قالوا: له أَخْذُ أُجرةِ كتابةِ الصَّكِّ بقَدْرِ أجرِ المثلِ، فإنَّ مُفادَهُ أنَّه لا يَحِلُّ له أَخْذُ الزِّيادةِ؛ لأنَّها مُحاباةٌ. وعلى هذا فما يَفعلُهُ بعضُهم مِن شراءِ الهديَّةِ بشيءٍ يسيرٍ، أو بَيْعِ الصَّكِّ بشيءٍ كثيرٍ لا يَحِلُّ، وكذا ما يَفعلُهُ بعضُهم حينَ أَخْذِ المحصولِ مِن أنَّه يَبيعُ به الدّافعَ دَواةً، أو سِكِّيناً، أو نحوَ ذلك لا يَحِلُّ؛ لأنَّه إذا حَرُمَ الاستقراضُ والاستعارةُ فهذا أَولى.

[٢٦٠٦٦] (قولُهُ: وهي إلخ) عزاهُ في "الفتح"[6] إلى "شرح الأقطع"[7].

[٢٦٠٦٧] (قولُهُ: وضَعَها في بيتِ المالِ) أي: إلى أنْ يَحضُرَ صاحبُها، فتُدفَعَ له بمنزلةِ اللُّقَطَةِ كما في "الفتح"[8].

---

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الثاني في أدب القضاة والحكام ـ الجنس الثاني في المعاملة مع المدعي والمدعى عليه ق١٩٥/ب.

(٢) تقدم تخريجه صـ ١٩٠ـ.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧١/٦ ـ ٣٧٢.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٣٠٥/٦.

(٥) "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ٣٦٣/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧١/٦.

(٧) لأبي نصرٍ الأقطع (ت٤٧٤هـ) شرحُ "مختصرِ الطحاويّ"، وشرحُ "مختصرِ القدوريّ"، ولم يتبيّن لنا المراد منهما عند الإطلاق.

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧١/٦.

ومِن خُصوصِيّاتِهِ عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ أنَّ هداياهُ له[1]،.........................

---

(١) مِن المعروفِ عندَ أهلِ الحديثِ والسِّيَرِ أنَّ من علاماتِ نبوَّته ﷺ ((أنَّه كان يأكلُ الهديَّةَ ولا يأكلُ الصَّدقةَ)). و((كان يَقبَلُ الهديَّةَ ويُثيبُ عليها)). مع أنَّه كان قاضياً وحاكماً؛ لأنَّه ﷺ كان معصوماً عن الجَنْحِ والمَيْلِ، مُبرَّأً عن التُّهَمة.

فروى حمّادُ بن سَلَمةَ والرَّبيعُ بن مسلم عن محمَّد بن زيادٍ عن أبي هريرةَ ((أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان إذا أُتِيَ بطعامٍ مِن غيرِ أهلِه سألَ عنه، فإنْ قيل: هديَّةٌ أكَلَ مِنها، وإنْ قيل: صدقةٌ قال: كُلوا، ولم يأكُلْ مِنها)).

أخرجه البخاريُّ (٢٥٧٦) في الهبة ـ باب قَبُول الهديَّة، ومسلمٌ (١٠٧٧) في الزَّكاة ـ باب قَبُول النَّبيِّ ﷺ الهديَّة وردّه الصَّدقة، وأحمدُ ٢/٣٠٢ و٣٠٥ و٣٣٨ و٤٠٦ و٤٩٢، وابنُ سعدٍ ١/٣٨٩، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٧/٣٣ ـ ٣٤.

وروى خالدُ بن عبد الله وعَبّادُ بن العَوّام عن محمَّد بنِ عمرٍو عن أبي سَلَمةَ عن أبي هريرةَ قال: ((كان رسولُ الله ﷺ يَقبَلُ الهديَّةَ ولا يَقبَلُ الصَّدَقةَ)).

أخرجه أبو داودَ (٤٥١٢) في الدِّيات ـ باب فيمن سقَى رجلاً سُمّاً، وابنُ سعدٍ في "الطَّبقات" ١/٣٨٨، وابن حبّانَ كما في "الإحسان" (٦٣٨١). هكذا رواه أبو داودَ عن وَهْبِ بن بقيَّةَ عن خالدٍ به.

قال المِزّيُّ في "تحفة الأشراف" ١١/٥ ـ ٦: قال وَهْبٌ في موضعٍ آخَرَ: عن أبي سَلَمةَ أنَّ رسولَ الله ﷺ، ولم يذكُرْ (أبا هريرةَ). هكذا وقَعَ هذا الحديث في رواية أبي سعيدِ بنِ الأعرابيِّ عن أبي داودَ [أي: مُتَّصلاً عن أبي هريرةَ]. وعندَ باقي الرُّواة: عن أبي سَلَمةَ أنَّ رسولَ الله ﷺ....، ليس فيه (أبو هريرةَ). وقد جوَّدَه ابنُ الأعرابيِّ عن أبي داودَ.

وروى سعيدُ بن محمَّدٍ الثَّقفيُّ عن محمَّد بنِ عمرٍو عن أبي سَلَمةَ مُرسَلاً مُطوَّلاً.

أخرجه ابنُ سعدٍ ١/٢٠٠.

ورواه أبو عاصم الشَّيبانيُّ عن محمَّد بن عبد الرَّحمن المُلَيكيِّ عن ابن أبي مُليكة عن ابن عبّاس عن عائشة أنَّ رسول الله ﷺ كان يَقبَلُ الهديَّةَ ولا يَقبَلُ الصَّدقةَ.

أخرجه ابنُ سعدٍ ١/٣٨٨. والمُلَيكيُّ: ضعيفٌ.

وروى عبد الله بنُ رجاء وأبو كاملٍ عن إسرائيلَ عن أبي إسحاقَ عن أبي قُرَّةَ الكِنديِّ عن سلمانَ ... فذكر قِصَّةَ إسلامه. وفيها: ((وفيه [أي: النَّبيِّ ﷺ] ثلاثٌ: يأكُلُ الهديَّةَ ولا يأكُلُ الصَّدقةَ ... قال: فصنعتُ طعاماً فأتيتُ به النَّبيَّ ﷺ فوضعتُه بين يديه، فقال: ((ما هذا؟)) قلت: صدقةٌ. فقال لأصحابه: كُلوا، ولم يأكل، قلتُ: هذه مِن علامته...فصنعتُ طعاماً فأتيتُ به وهو جالسٌ بين أصحابه، فوضعتُه بين يديه، فقال: ما هذا؟ قلتُ: هديَّةٌ، فوضع يدَه وقال لأصحابه: خُذوا باسم الله، فأكلَ وأكلُوا ...)).

أخرجه أحمدُ ٥/٤٣٨، وابنُ أبي شَيبةَ ، وابنُ سعدٍ ٤/٨١، والطَّبرانيُّ (٦١٥٥)، ووكيع في "أخبار القضاة" ٢/١٧٨.

ورواه إبراهيمُ بن سعدٍ وعبد الله بنُ إدريسَ وزيادٌ البَكّائيُّ ويونسُ بن بُكيرٍ ويحيى بنُ أبي زائدة وغيرُهم عن ابن إسحاقَ حدَّثني عاصمُ بن عمرَ بنِ قَتادةَ الأنصاريُّ عن محمود بنِ لَبيد عن عبد الله بن عبّاس عن سلمانَ نحوَه مُطوَّلاً.

أخرجه أحمدُ ٥/٤٤١ ـ ٤٤٤، وابنُ سعدٍ ٤/٧٥ ـ ٨٠، وابنُ هشامٍ في "السِّيرة" ١/٢٢٨ ـ ٢٣٥، =

"تتارخانيَّـة"[١]. ومُفـادُهُ: أنَّـه ليـس للإمـامِ قَبُـولُ الهديَّـةِ، وإلاّ لـم تكـنْ خُصوصيَّـــةً، وفيها[١]: ((يَجُوزُ للإمامِ، والمفتي، والواعظِ قَبُولُ الهديَّةِ؛.........................

[٢٦٠٦٨] (قولُهُ: وفيها إلخ) أي: في "التَّتارخانيَّة"، وهـذا مُخـالِفٌ لِمـا ذكَـرَهُ أوَّلاً فيهـا في حَقِّ الإمامِ، ويُؤيِّدُ الأوَّلَ ما مرَّ[٢] عن "الفتح": ((مِن أنَّ تعليلَ النَّبيِّ ﷺ دليلٌ على تحريـمِ الهديَّـةِ التي سببُها الوِلايةُ))، وكذا قولُهُ: ((وكلُّ مَـن عَمِـلَ للمسـلمينَ عمَـلاً حُكمُـهُ في الهديَّـةِ حُكـمُ القاضي)) اهـ. واعترَضَهُ في "البحر"[٣] بما ذكَرَهُ "الشّارحُ" عن "التَّتارخانيَّة"، وبما في "الخانيَّة"[٤]: ((مِن أنَّه يَجُوزُ [٣/ق٢٠٢/ب] للإمامِ والمفتي قَبُولُ الهديَّة وإجابـةُ الدَّعـوى الخاصَّـةِ))، ثـمَّ قـال[٥]: ((إلاّ أنْ يُرادَ بالإمامِ إمامُ الجامعِ))، أي: وأمّا الإمامُ بمعنى الوالي فلا تَحِلُّ له الهديَّة فـلا مُنافـاةَ، وهذا هو المناسبُ للأدلَّةِ؛ ولأنَّـه رأسُ العُمّـالِ. قـال في "النَّهـر"[٦]: ((والظّـاهرُ أنَّ المرادَ بـالعملِ وِلايةٌ ناشئةٌ عنِ الإمامِ أو نائبِهِ كالسّاعي والعاشرِ)) اهـ.

٤/٣١٠ **قلتُ**: ومثلُهم مشايخُ القُرى والحِرَفِ وغَيْرُهُم مِمَّن لهم قَهْرٌ وتسلُّطٌ على مَن دُونَهم، فإنَّه يُهدَى إليهم خوفاً مِن شرِّهم، أو لِيَرُوجَ عندَهم.

= والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٢٤٩٩) و(٢٥٠٠)، والطَّحاويُّ في "بيان مشكل الآثار" (٤٧٧٢)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٦٠٦٤) و(٦٠٦٥) و(٦٠٦٦) و(٦٠٧٠) و(٦٠٧١)، وأبو الشَّيخ في "طبقات المُحدِّثين بأصبهـان" (٩)، وأبـو نُعَيـم في "حلية الأولياء" ١/١٩٥، و"دلائـل النُّبـوَّة" (١٩٩)، و"أخبـار أصبهـان" ١/٤٦ ـ ٥٠، والبيهقـيُّ في "دلائـل النُّبـوَّة" ٢/٩٢ ـ ٩٧، والخطيبُ في "تاريخه" ١/١٦٤ ـ ١٦٩.

وروى هشامُ بن سعيدٍ البَزّاز عن الحسن بنِ أيُّوبَ الحضرميِّ عن عبد الله بن بُسرٍ صاحبِ النَّبيِّ ﷺ قال: ((كانت أختي تبعثُني إلى رسول الله ﷺ بالهديَّةِ فيَقبَلُها)).

وفي روايةٍ لابن سعدٍ أيضاً: ((كان رسول الله ﷺ يَقبَلُ الهديَّةَ، ولا يَقبَلُ الصَّدقةَ)).

أخرجه ابنُ سعدٍ ١/٣٨٩.

(١) "التاترخانية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل التاسع في رزق القاضي وهبته ودعوته ٥/ق١٥١/أ بتصرف.

(٢) المقولة [٢٦٠٦٥] قوله: ((ويَرُدُّ هديَّةً)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٥.

(٤) "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ٢/٣٦٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٥.

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/أ.

....

مطلبٌ في حُكمِ الهديَّةِ للمُفتي

وظاهرُ قولِهِ: ((ناشئةٌ عنِ الإمامِ إلخ)) دُخولُ المفتي إذا كان مَنصوباً مِن طَرَفِ الإمامِ أو نائبِهِ، لكنَّه مُخالِفٌ لإطلاقِهم جوازَ قَبُولِ الهديَّةِ له، وإلاّ لَزِمَ كونُ إمامِ الجامعِ والمُدرِّسِ المنصوبَينِ مِن طَرَفِ الإمامِ كذلك، إلاّ أنْ يُفرَّقَ بأنَّ المفتيَ يَطلُبُ مِنه المُهدي المساعدةَ على دَعواهُ ونَصْرَهُ على خصمِهِ فيكونُ بمنزلةِ القاضي، لكنْ يلزَمُ مِن هذا الفرقِ أنَّ المفتيَ لو لم يكنْ مَنصوباً مِن الإمامِ يكونُ كذلك، فيُخالِفُ ما صرَّحوا به مِن جوازِها للمُفتي، فإنَّ الفرقَ بينَه وبينَ القاضي واضحٌ، فإنَّ القاضيَ مُلزِمٌ وخليفةٌ عن رسولِ اللهِ ﷺ في تنفيذِ الأحكامِ، فأَخْذُهُ الهديَّةَ يكونُ رِشوةً على الحُكمِ الذي يُؤمِّلُه المُهدي، ويلزَمُ مِنه بُطلانُ حُكمِهِ، والمفتي ليس كذلك. وقد يُقالُ: إنَّ مرادَهم بجوازِها للمُفتي إذا كانت لعِلمِهِ لا لإعانتِهِ للمُهدي، بدليلِ التَّعليلِ الذي نقَلَهُ "الشّارحُ"، فإذا كانت لإعانتِهِ صَدَقَ عليها حَدُّ الرِّشوةِ، لكنَّ المذكورَ في حَدِّها شرطُ الإعانةِ. وقدَّمنا[1] عن "الفتح"[2] عن "الأقضية": ((أنَّه لو أهداهُ ليُعينَهُ عندَ السُّلطانِ بلا شرطٍ ـ لكنْ يُعلَمُ يقيناً أنَّه إنَّما يُهدي ليُعينَهُ ـ فمشايخُنا على أنَّه لا بأسَ به إلخ))، وهذا يَشمَلُ ما إذا كان مِن العُمّالِ أو غيرِهم، وعن هذا قال في "جامع الفصولين"[3]: ((القاضي لا يَقبَلُ الهديَّة مِن رجلٍ لو لم يكنْ قاضياً لا يُهْدِي إليه، ويكونُ ذلك بمنزلةِ الشَّرطِ))، ثمَّ قال[4]: ((أقولُ: يُخالِفُهُ ما ذُكِرَ في "الأقضية" إلخ)).

قلتُ: والظّاهرُ عَدَمُ المُخالفةِ؛ لأنَّ القاضيَ منصوصٌ على أنَّه لا يَقبَلُ الهديَّةَ على التَّفصيلِ الآتي[4]، فما في "الأقضية" مفروضٌ في غيرِهِ، فيُحتمَلُ أنْ يكونَ المفتي مثلَهُ في ذلك ويُحتمَلُ أنْ لا يكونَ، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ بحقيقةِ الحالِ. ولا شكَّ أنَّ عَدَمَ القَبُولِ هو المقبولُ،

---

(١) المقولة [٢٥٩٩٣] قوله: ((أخذَ القضاءَ برشوةٍ)).

(٢) في "م": ((لفتح)) دون ألف، وهو خطأ.

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به إلخ ـ موت الوكيل أو الوصيِّ أو الموكِّل ١/١٩.

(٤) في هذه المقولة.

لأنه إنَّما يُهدَى إلى العالِمِ لعِلمِهِ[(١)]، بخلافِ القاضي (إلاّ مِن) أربعٍ: السُّلطانِ، والباشـا، "أشباه"[(٢)] و"بحر"[(٣)]، ....

ورأيتُ في "حاشية شرح المنهج" للعلاّمة "محمَّدٍ الدّاوديِّ" الشّافعيِّ[(٤)] ما نصُّهُ: ((قال "ع ش"[(٥)]: ومِن العُمّالِ مشايخُ الأسواقِ والبُلدانِ، ومُباشِرُو الأوقافِ، وكلُّ مَن يَتعاطَى أمراً يتعلَّقُ بالمسلمينَ)) انتهى.

قال "م ر" في "شرحه"[(٦)]: ((ولا يُلحَقُ بالقاضي فيما ذُكِرَ: المفتي، والواعظُ، ومُعلِّمُ القرآنِ والعِلمِ؛ لأنَّهم ليس لهم أهليَّةُ الإلزامِ. والأَولى في حَقِّهم إنْ كانتِ الهديَّةُ لأجلِ ما يَحصُلُ مِنهم مِن الإفتاءِ والوعظِ والتَّعليمِ عَدَمُ القَبُولِ؛ ليكونَ عِلْمُهم[(٧)] خالصاً للهِ تعالى، وإنْ أُهديَ إليهم تَحبُّباً وتَودُّداً لعِلمِهم وصلاحِهم فالأَولى القَبُولُ. وأمّا إذا أخَذَ المفتي الهديَّةَ ليُرخِّصَ في الفتوى: فإنْ كان بوجهٍ باطلٍ فهو رجلٌ فاجرٌ، يُبدِّلُ أحكامَ اللهِ تعالى ويشتري بها ثَمَناً قليلاً، وإنْ كان بوجهٍ صحيحٍ فهو مكروهٌ كراهةً شديدةً)) انتهى. هذا كلامُهُ، وقواعدُنا لا تأباهُ، ولا حولَ ولا قوَّةَ إلاّ باللهِ.

وأمّا إذا أخَذَ لا ليُرخِّصَ له، بل لبيانِ الحُكمِ الشَّرعيِّ فهذا ما ذَكَرَهُ أوَّلاً، وهذا إذا لم يكنْ بطريقِ الأُجرةِ بل مجرَّدَ هديَّةٍ؛ لأنَّ أَخْذَ الأُجرةِ على بيانِ الحُكمِ الشَّرعيِّ لا يَحِلُّ عندَنا، وإنَّما يَحِلُّ على الكتابةِ؛ لأنَّها غيرُ واجبةٍ عليه، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

[٢٦٠٦٩] (قولُهُ: السُّلطانِ، والباشا) عزاهُ في "الأشباه" إلى "تهذيب القَلانِسيِّ"[(٨)]، قال "الحمَوي"[(٩)]: ((وفيه قُصورٌ؛ إذ لا يَشمَلُ القاضيَ الذي يتولَّى مِنه، وهو قاضي [٣/ق٢٠٣/أ]

---

(١) في "د": ((بعلمه)).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدَّعاوي صـ٢٦٩ـ، وعبارته: ((السلطان ووالي البلد)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٤ ـ ٣٠٥ بتصرف.

(٤) حاشية محمد بن عبد الحيّ بن رجب الداوديّ الدِّمشقيّ (ت١١٦٨هـ) على "شرح المنهج". ("الأعلام" ٦/١٨٧).

(٥) أي: عليّ الشَّبْرامَلِّسيّ في حاشيته على "نهاية المحتاج شرح المنهاج": كتاب القضاء ـ فصل في آداب القضاء وغيرها ٨/٢٥٦ (هامش "نهاية المحتاج").

(٦) أي: محمّد الرّملي في "نهاية المحتاج شرح المنهاج": كتاب القضاء ـ فصل في آداب القضاء وغيرها ٨/٢٥٦.

(٧) في مطبوعة حاشية الشَّبْرامَلِّسيّ: ((عَمَلُهم)).

(٨) "تهذيب الواقعات" لأحمد القلانسي. ("كشف الظنون" ١/٥١٧، "الجواهر المضية" ١/٣٥٧).

(٩) "غمز عيون البصائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدَّعاوي ٢/٣٦٢ ـ ٣٦٣ بتصرف.

و(قَرِيبِهِ) المَحْرَمِ، (أو مِمَّن جَرَت عادتُهُ بذلك) بقَدْرِ عادتِهِ،..................

العسكرِ لقُضاةِ الأقطارِ، وعبارةُ "القَلانِسيِّ": ولا يَقبَلُ الهديَّةَ إلاّ مِن ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، أو والٍ يتولّى الأمرَ مِنه، أو والٍ مُقدَّمِ الوِلايةِ على القُضاةِ. ومعناهُ: أنّه يَقبَلُ الهديَّةَ مِن الوالي الذي تولّى القضاءَ مِنه، وكذا مِن والٍ مُقدَّمٍ عليه في الرُّتبةِ، فإنَّه يَشمَلُ القاضيَ الذي تولّى مِنه والباشا)). ووجهُهُ: أنَّ مَنْعَ قَبُولِها إنَّما هو للخوفِ مِن مُراعاتِهِ لأَجْلِها، وهو إنْ راعَى المَلِكَ ونائبَهُ لم يُراعِهِ لأَجْلِها.

[٢٦٠٧٠] (قولُهُ: المَحْرَمِ) هذا القيدُ لا بدَّ مِنه؛ ليَخرُجَ ابنُ العمِّ، "نهر"[١].

[٢٦٠٧١] (قولُهُ: أو مِمَّن جَرَت عادتُهُ بذلك) قال في "الأشباه"[٢]: ((ولم أَرَ بماذا تثبُتُ العادةُ)). ونقَلَ "الحمَويُّ"[٣] عن بعضِهم[٤]: ((أنَّها تثبُتُ بمرَّةٍ)). ثمَّ إنَّ ظاهرَ العطفِ أنَّ قَبُولَها مِن القريبِ غيرُ مُقيَّدٍ بجَرْيِ العادةِ مِنه، وهو ظاهرُ إطلاقِ "القُدُوريِّ"[٥] و"الهدايةِ"[٦]، وفي "النِّهاية" عن "شيخِ الإسلام": ((أنَّه قيدٌ فيه أيضاً))، وتمامُهُ في "النَّهر"[٧].

[٢٦٠٧٢] (قولُهُ: بقَدْرِ عادتِهِ) فلو زادَ لا يَقبَلُ الزِّيادةَ، وذكَرَ "فخرُ الإسلام": ((إلاّ أنْ يكونَ مالُ المُهدي قد زادَ، فبقَدْرِ ما زادَ مالُهُ إذا زادَ في الهديَّةِ[٨] لا بأسَ بقَبُولِها))، "فتح"[٩]. قال في "الأشباه"[١٠]: ((وظاهرُ كلامِهِ أنَّه زادَ في القَدْرِ، فلو في المعنى كأنْ كانت عادتُهُ إهداءَ

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/أ.

(٢) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الأول: القواعد الكلية ـ القاعدة السادسة: العادة محكمة ـ ما تثبت العادة به صـ١٠٣ـ.

(٣) "غمز عيون البصائر": الفنُّ الأول: القواعد الكلية ـ القاعدة السادسة: العادة محكمة ـ المبحث الأول بما تثبت العادة ٢٩٩/١ بتصرف.

(٤) هو العلامة محمد السَّمَديسيّ في كتابه الذي ألفه في القواعد، كما في "غمز عيون البصائر".

(٥) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب أدب القاضي ٨١/٤.

(٦) "الهداية": كتاب أدب القاضي ١٠٣/٣.

(٧) انظر "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/أ.

(٨) في "م": ((الهداية))، وهو خطأ.

(٩) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧١/٦.

(١٠) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الأول: القواعد الكلية ـ النوع الثاني من القواعد ـ القاعدة الثانية: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام صـ١٢٧ـ بتصرف.

ولا خُصومةَ لهما، "درر"[(١)]. ....

ثوبِ كَتّانٍ فأهدَى ثوباً حريراً لم أَرَهُ لأصحابِنا، وينبغي وجوبُ رَدِّ الكلِّ، لا بقَدْرِ ما زادَ في قيمتِهِ؛ لعَدَمِ تمييزِها))، ونظَرَ فيه في "حواشي الأشباه"[(٢)].

(تنبيهٌ)

في "الفتح"[(٣)]: ((ويَجِبُ أنْ تكونَ هديَّةُ المُستقرِضِ للمُقرِضِ كالهديَّةِ للقاضي، إنْ كان المُستقرِضُ له عادةٌ قبلَ استقراضِهِ فللمُقرِضِ أنْ يَقبَلَ مِنه قَدْرَ ما كان يُهديهُ بلا زيادةٍ)) اهـ. قال في "البحر"[(٤)]: ((وهو سَهْوٌ، والمنقولُ ـ كما قدَّمناهُ آخِرَ الحوالةِ ـ أنَّه يَحِلُّ حيثُ لم يكنْ[(٥)] مشروطاً مُطلقاً)) اهـ. وأجابَ "المقدِسيُّ": ((بأنَّ كلامَ المحقِّقِ في "الفتح" مبنيٌّ على مُقتضى الدَّليلِ)).

[٢٦٠٧٣] (قولُهُ: ولا خُصومةَ لهما) فإنْ قَبِلَها بعدَ انقطاعِ الخُصومةِ جازَ، "ابن مَلَكٍ"، وذكَرَهُ في "النَّهر"[(٦)] بحثاً. وفي "ط"[(٧)] عن "الحَمَويِّ": ((إلاّ أنْ يكونَ مِمَّن لا تَتَناهَى خُصوماتُهُ كنُظّارِ الأوقافِ ومُباشِريها)) اهـ. ٤/٣١١

قال في "البحر"[(٨)]: ((والحاصلُ: أنَّ مَن له خُصومةٌ لا يَقبَلُها مُطلقاً، ومَن لا خُصومةَ له: فإنْ كان له عادةٌ قبلَ القضاءِ قَبِلَ المُعتادَ، وإلاّ فلا)) اهـ. أي: سواءٌ كان مَحْرَماً أو غيرَهُ على ما مرَّ[(٩)] عن "شيخ الإسلام".

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٢/٤٠٦.

(٢) انظر "غمز عيون البصائر": الفنُّ الأول ـ القواعد الكلية ـ النوع الثاني ـ القاعدة الثانية: إذا اجتمع الحلال والحرام ١/٣٥٠.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٧٢.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٥.

(٥) في "م": ((لم كين))، وهو خطأ طباعي.

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/أ.

(٧) "ط": كتاب القضاء ٣/١٨٣ ـ ١٨٤.

(٨) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٥.

(٩) المقولة [٢٦٠٧١] قوله: ((أو ممَّن جرَت عادتُهُ بذلك)).

(و) يَرُدُّ إجابةَ (دَعْوةٍ خاصَّةٍ، وهي التي لا يتَّخِذُها صاحبُها لولا حُضورُ القاضي) ولو مِن مَحْرَمٍ ومُعتادٍ، وقيل: هي كالهديَّة، وفي "السِّراج" و"شرح المجمع": ((ولا يُجيبُ دَعوةَ خَصمٍ

[مطلب في التفريق بين الدعوة العامَّة والخاصّة]

[٢٦٠٧٤] (قولُهُ: دَعْوةٍ خاصَّةٍ) الدَّعوةُ إلى الطَّعامِ بفتحِ الدّالِ عندَ أكثرِ العَربِ، وبعضُهم يكسرُها كما في "المصباح"[(١)]، فلو عامَّةً له حُضورُها لو لا خُصومةَ لصاحبِها كما في "الفتح"[(٢)].

[٢٦٠٧٥] (قولُهُ: وهي إلخ) هذا هو المُصحَّحُ في تفسيرِها، وقيل: العامَّةُ دَعوةُ العُرْسِ والخِتانِ، وما سواهما خاصَّةٌ، وقيل: إنْ كانت لخمسةٍ إلى عشرةٍ فخاصَّةٌ، وإنْ لأكثرَ فعامَّةٌ، وتمامُهُ في "البحر"[(٣)] "والنَّهر"[(٤)].

[٢٦٠٧٦] (قولُهُ: وقيل: هي كالهديَّة) ظاهرُ "الفتح" اعتمادُهُ، فإنَّه قال بعدَ كلامٍ[(٥)]: ((فقد آلَ الحالُ إلى أنَّه لا فرقَ بينَ القريبِ والغريبِ في الهديَّةِ والضِّيافةِ)). وكذا قال في "البحر"[(٦)]: ((الأحسنُ أنْ يُقالَ: ولا يَقبَلُ هديَّةً ودَعوةً خاصَّةً إلاّ مِن مَحْرَمٍ أو مِمَّن له عادةٌ، فإنَّ للقاضي أنْ يُجيبَ الدَّعوةَ الخاصَّةَ مِن أجنبيٍّ له عادةٌ باتِّخاذِها كالهديَّةِ، فلو كان مِن عادتِهِ الدَّعوةُ له في كلِّ شهرٍ مرَّةً فدَعاهُ كلَّ أسبوعٍ بعدَ القضاءِ لا يُجيبُهُ، ولو اتَّخذَ له طعاماً أكثرَ مِن الأوَّلِ لا يُجيبُهُ إلاّ أنْ يكونَ مالُهُ قد زادَ، كذا في "التَّتارخانيَّة"[(٧)])) اهـ.

[٢٦٠٧٧] (قولُهُ: ولا يُجيبُ دَعوةَ خَصمٍ) هو ما ذكَرَهُ في "شرح المجمع" لـ"ابن مَلَكٍ"، وقدَّمناهُ[(٨)] عن "الفتح". وقولُهُ: ((وغيرِ مُعتادٍ)) هو ما ذكَرَهُ في "السِّراج" كما عزاهُ إليه "المصنِّف" في "المنح"[(٩)].

---

(١) "المصباح": مادة ((دعو)).
(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٧٢.
(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٦.
(٤) انظر "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/أ ـ ب.
(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٧٢.
(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٥.
(٧) "التاترخانية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل التاسع في رزق القاضي وهبته ودعوته ٥/ق١٥/ب.
(٨) المقولة [٢٦٠٧٤] قوله: ((دعوةٍ خاصَّةٍ)).
(٩) "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٥/أ.

وغيرِ مُعتادٍ ولــو عامَّــةً؛ للتُّهَمَــةِ)). (ويَشــهَدُ الجنــازةَ، ويَعُـودُ المريـضَ) إنْ لـم يكـن لهمـا ولا عليهما دعوى، "شُرنُبلاليَّة"[(١)] عن "البرهان". (ويُسوِّي) وجوباً (بينَ الخَصمينِ: جُلوساً،

وهذا لا يُناسِبُ الـ ((قيلَ)) المذكورَ قبلَهُ؛ لأنَّه يلزَمُ أنْ تكـونَ العامَّـةُ كالخاصَّـةِ، وهـو خلافُ تقييدِهِمُ المَنعَ بالخاصَّةِ فقط، تأمَّلْ.

[٢٦٠٧٨] (قولُهُ: ويَعُودُ المريضَ) إلاّ أنَّه لا يُطيلُ المَكْثَ [٣/ق٢٠٣/ب] عندَهُ، "بحر"[(٢)].

[٢٦٠٧٩] (قولُـهُ: إنْ لـم يكـنْ لهمـا ولا عليهمـا دعـوى) الـذي في "الفتــح"[(٣)] وغـيرِهِ الاقتصارُ على ذِكرِ المريضِ، تأمَّلْ.

[٢٦٠٨٠] (قولُهُ: ويُسوِّي وجوباً بينَ الخَصمينِ إلخ) إطلاقُهُ يَعُمُّ الصَّغيرَ والكبيرَ، والخليفةَ والرَّعيَّةَ، والدَّنيَّ والشَّريفَ، والأبَ والابنَ، والمسلِمَ والكـافرَ، إلاّ إذا كـان المدَّعـى عليـه هـو الخليفةَ ينبغي للقاضي أنْ يقومَ مِن مَقامِهِ، وأنْ يُجلِسَهُ مع خَصمِهِ ويَقعُدَ هو علـى الأرضِ، ثـمَّ يقضيَ بينَهما، ولا ينبغي أنْ يُجلِسَ أحدَهما عن يمينِهِ والآخرَ عن يسارِهِ؛ لأنَّ لليمينِ فضـلاً، ولذا كان النَّبيُّ ﷺ يَخُصُّ به الشَّيخينِ[(٤)]، بلِ المُستحَبُّ باتِّفاقِ أهلِ العِلمِ أنْ يُجلِسَهما

(قولُهُ: وهذا لا يُناسِبُ الـ ((قيل)) المذكورَ قبلَهُ إلخ) بل هو قولٌ آخَرُ مُقابِلٌ للقولينِ قبلَهُ.

(قولُهُ: الذي في "الفتح" وغيرِهِ الاقتصارُ على ذِكرِ المريضِ) لكنْ حيثُ صرَّحَ في "البرهان" بحُكـمِ المسألةِ، وجعَلَ حُكمَ الميْتِ والمريضِ واحداً يلزَمُ اتِّباعُهُ.

---

(١) "الشرنبلالية": كتاب القضاء ٢/٤٠٦ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٦.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٧٢.

(٤) روى قريشُ بن أنسٍ عن صالحِ بن أبي الأَخْضَر عن الزُّهريِّ عن سُويدِ بن يزيدَ قال: رأيتُ أبا ذرٍّ جالساً وحده في المسجد، فاغتنمتُ ذلك فجلستُ إليه، فذكرتُ له عثمانَ، فقال: ((لا أقولُ لعثمانَ أبداً إلاّ خيراً؛ لشيءٍ رأيتُـه عنـد رسـول الله ﷺ، كنتُ أَتَّبِعُ خَلَواتِ رسول الله وأتعلَّمُ منه، فذهبتُ يوماً فإذا هو قـد خـرَجَ فاتَّبعتُـه، فجلسَ في موضـعٍ فجلسـتُ عنـده، فقال: يا أبا ذرٍّ ما جاء بك؟ قال: قلتُ: اللهُ ورسولُه، قال: فجاء أبو بكرٍ فسلَّمَ وجلسَ عن يمين النَّبيِّ ﷺ، فقال له: =

= ما جاء بك يا أبا بكرٍ؟ قال: اللهُ ورسولُه، قال: فجاء عمرُ فجلسَ عن يمين أبي بكرٍ، فقال: يا عمرُ ما جاء بك؟ قال: اللهُ ورسولُه، ثمَّ جاء عثمانُ فجلسَ عن يمين عمرَ، فقال: يا عثمانُ ما جاء بك؟ قال: اللهُ ورسولُه...)).

أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٤٠٤٠)، ورواه (٤٠٤٤) عن عمرو بن الحارث عن عبد الله بنِ سالمٍ عن الزُّبَيديِّ عن الوليد بن عبد الرَّحمن عن جُبيرِ بن نُفيرٍ عن أبي ذرٍّ رضي الله عنه.

وهذا ضعيفٌ، فإنْ ثبتَ فيدلُّ على أنَّ كبار الصَّحابة أبا بكرٍ وعمرَ وعثمانَ كانوا يجلسون عن يمينه.

أمّا كونُ أبي بكرٍ عن يمينه وعمرَ عن يساره فالرِّواياتُ في هذا مُستفيضةٌ.

منها ما روى سليمانُ بن بلالٍ ومحمَّدُ بن جعفرٍ عن شَريك بن أبي نَمِرٍ عن سعيدِ بن المسيَّب أخبرني أبو موسى الأشعريُّ حيث كان مع رسول الله ﷺ عند بئر أَرِيْسٍ قال: ((... فقمتُ إليه فإذا هو قد جلسَ على بئر أَرِيْسٍ وتوسَّطَ قُفَّها وكشفَ عن ساقَيه ودَلّاهما في البئر... الحديث وفيه: أنَّ أبا بكرٍ دخلَ فجلسَ عن يمين رسول الله ﷺ معه في القُفِّ ودَلّى رجليه في البئر كما صنعَ النَّبيُّ ﷺ وكشفَ عن ساقَيه... وأنَّ عمرَ دخلَ وجلسَ مع رسول الله ﷺ في القُفِّ عن يساره ودَلّى رجليه في البئر ... .

أخرجه البخاريُّ (٣٦٧٤) في فضائل الصَّحابة بابٌ وفي الفتن (٧٠٩٧)، باب الفتنة التي تموج كموج البحر وفي "الأدب المفرد" (١١٥١)، ومسلمٌ (٢٤٠٣) في فضائل الصَّحابة ـ باب فضائل عثمان بن عفّان، والرُّوْيانيُّ في "مسنده" (٢٥٢)، وابنُ أبي عاصمٍ في "السنة" (١٤٦٠)، والبيهقيُّ في "دلائل النُّبوَّة" ٦/٣٨٨ ـ ٣٨٩.

وكذلك رواه يعقوب بن اسماعيل بن يسار المديني عن عبد الرَّحمن بن حَرْمَلة عن سعيد بن المسيَّب عنه فذكَر القِصَّة بلفظٍ قريبٍ.

أخرجه أبو بكرٍ البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٣٠٥١)، ثمَّ قال: لا نعلَمُ رواه عن ابن حَرْمَلة إلاّ يعقوبُ، وقد روى سليمانُ بن بلال ومحمَّدُ بن جعفرٍ عن شَريك بن أبي نمر عن سعيد بن المسيب عن أبي موسى نحو هذه القِصَّة اهـ.

ورواه أبو مصعب عن عبد العزيز الدَّراوَرديِّ عن شَريك بن عبد الله بن أبي نَمِرٍ عن عطاء بن يسارٍ عن أبي سعيدٍ الخُدْريِّ قال: ((وَقَفَ رسولُ الله ﷺ بالأسوافِ وبلالٌ معه ...)) نحوه.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٣٩٨٨)، ثمَّ قال: لم يَروه عن شَريك عن عطاء عن أبي سعيدٍ إلاّ الدَّراوَرديُّ، تفَرَّدَ به أبو مصعب. قال الهيثميُّ في "المجمع" ٢/٥٣: ورجالُه موثَّقون. وقال في ٩/٥٧: ورجالُه رجالُ الصَّحيح غيرَ شيخ الطَّبرانيِّ عليِّ بن سعيدٍ، وهو حسنُ الحديث.

والخطأ في هذا ظاهرٌ وإنْ وُثِّق رجالُه، فقد خالف الدَّراوَرديُّ سليمانَ بن بلالٍ ومحمَّدَ بن جعفر بنِ أبي كثير. أمّا بقيَّةُ الرِّوايات عن أبي عثمانَ النَّهْديِّ عن أبي موسى فليس فيها هذه الألفاظ.

هذا، وقد رواه يزيدُ بن هارونَ وإسماعيلُ بن جعفر عن محمَّد بن عمرٍو عن أبي سَلَمةَ قال: قال نافعُ بن الحارث: ((خرجتُ مع رسول الله ﷺ حتّى دخلَ حائطاً، فقال لي: أمسك عليَّ البابَ، فجاء أبو بكرٍ ...)) وفيه: ((فجلسَ مع رسول الله ﷺ على القُفِّ ودَلّى رجليه... فدخلَ [عمرُ] فجلسَ مع رسول الله ﷺ على القُفِّ ودَلّى رجليه في البئر...)) الحديث.

= أخرجه أحمدُ ٤٠٨/٣، وابنُ أبي شَيبةَ ٤٩٣/٧، وعنه ابنُ أبـي عـاصمٍ في "السنة" (١١٤٧)، وفي "الآحاد والمثاني" (٢٣٣٧)، وأبو داودَ (٥١٨٨) ، والنَّسائيُّ في "الكبرى" (٨١٣٢).

وأخرجه أحمدُ ٤٠٧/٤ من طريق صالحِ بن كَيسانَ عن أبي الزِّناد عن عبد الرَّحمن بن نافعِ بن عبد الحـارث عن أبي موسى الأشعريِّ نحوه.

ورواه موسى بنُ عُقبةَ سَمِعتُ أبا سَلَمةَ يُحدِّثُ ـ ولا أعلمُه إلاّ عن نافعِ بن عبد الحارث ـ أنَّ رسـولَ اللـه ... فذكَرَ الحديث. أخرجه أحمدُ ٤٠٨/٣.

وأَصرَحُ مِنه [لكنَّه ضعيفٌ] ما روى سعيدُ بن مَسلمةَ عن إسماعيلَ بنِ أُميَّة عـن نـافعٍ عـن ابن عمرَ قـال: دخـلَ رسولُ الله ﷺ المسجدَ وعن يمينه أبو بكرٍ وعن شماله عمرُ رضي الله عنهما، فقال عنهما: ((هكذا نُبعَثُ يومَ القيامة)).

أخرجه التِّرمذيُّ (٣٦٦٩) في الفضائل ـ باب فضائل أبي بكر وعمر، وابـنُ ماجَه (٩٩) في الفضـائل ــ بـاب فضل الصِّدِّيق، وعبدُ الله بن أحمدَ في "فضـائل الصَّحابـة" (٧٧) و(١٥١) و(٢٢١) و(٦٠٢)، وابنُ أبـي عـاصمٍ في "السنة" (١٤١٨)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٣٧٩/٣، وأبو الشَّيخ في "طبقـات المُحدِّثين بأصبهـان" ٢٣٩/٤، وابـن حبّانَ في "المجروحين" ٣٢١/١، والحاكمُ في "المستدرك" ٦٨/٣، والخطيبُ في "تاريخه" ٣٦٥/٤ و١٣٧/١٢. وقـال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يُخرِّجاه. وتعقَّبه الذَّهبيُّ: سعيدٌ ضعيفٌ. وقال أبو حاتمٍ كما في "العِلَل" ٣٨١/٢: هـذا مُنكَرٌ. قال التِّرمذيُّ: وسعيدُ بنُ مَسلمة: ليس عندهم بالقويِّ، وقد رُوي هذا الحديثُ أيضاً من غير هـذا الوجـه عـن نافعٍ عن ابن عمرَ اهـ. وقال ابنُ مَعين: ليس بشيء، وقال البخاريُّ: ضعيفٌ، وقال ابنُ عَدِيٍّ: أرجو أنَّه لايُترَكُ.

وروى خالدُ بن يزيدَ العُمَريُّ ثنا إبراهيمُ بن سعدٍ عن أبيه عن أبي سَلَمةَ عن أبي هريرةَ قال: خرجَ النَّبيُّ ﷺ بـين أبي بكرٍ وعمرَ فقال: ((هكذا نُبعَثُ يومَ القيامة)).

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٨٢٥٨)، ثمَّ قال: لم يَروِه عن إبراهيمَ بنِ سعدٍ إلاّ خالدٌ، تفرَّدَ به عليُّ بـن حربٍ. قال الهيثميُّ في "المجمع" ٥٣/٩: وفيه خالدُ بن يزيدَ العُمَريُّ، وهو كذَّاب.

وروى الحَكمُ بن مروانَ قال: ثنا فُراتُ بن السّائب عن مَيمون بنِ مِهرانَ عن ابن عمرَ أنَّ النَّبـيَّ ﷺ أرادَ أنْ يبعثَ رجلاً في حاجةٍ وأبو بكرٍ عن يمينه وعمرُ عن يساره، فقال له عليٌّ: ألا تبعَثُ هذين؟ فقال: ((كيف أبعثُهما وهما مِن هذا الدِّين بمنزلة السَّمعِ والبصرِ مِن الرَّأس؟)).

أخرجه عبدُ الله بن أحمدَ في "فضائل الصَّحابة" (٥٧٥)، وأبو نُعَيم في "الحلية" ٩٣/٤، قال أبـو نُعَيـم: هـذا مِن مَفاريدِ فُرات بنِ السّائب عن ميمون.

وفُراتُ بن السّائب أبو سليمانَ الجزَريُّ: قال البخاريُّ: مُنكَرُ الحديث، تركوه.

وروى ابنُ وَهْبٍ وغيرُه عن ابن لَهيعةَ حدَّثنا أبو طُعمـةَ سَـمِعتُ ابنَ عمرَ يقـول: خـرجَ رسـولُ الله ﷺ إلى المِربَـد فخرجتُ معه، فكنتُ عن يمينه، وأقبَلَ أبو بكرٍ فتأخَّرتُ عنه، فكان عن يمينه وكنتُ عن يساره، ثمَّ أقبَلَ عمرُ فتنحَّيتُ لـه، فكان عن يساره، فأتى رسولُ الله ﷺ المِربَدَ، فإذا بأزقاقٍ على المِربد فيها خمرٌ، قال ابنُ عمرَ: فدعـاني رسـولُ الله ﷺ بالمُديَـة، قال ابنُ عمرَ: وما عرفتُ المُديَةَ إلاّ يومئذٍ، فـأمَرَ بالزِّقـاق فشُـقَّت، ثـمَّ قـال: ((لُعِنَـتِ الخمـرُ، وشـاربُها، وسـاقِيها، وبائعُها، ومُبتاعُها، وحامِلها، والمَحمولةُ إليه، وعاصرُها، ومُعْتَصِرُها، وآكلُ ثَمَنِها)). =

= أخرجه أحمدُ ٢/٢٥ و٧١، والطَّحاويُّ في "بيان المشكل" (٣٣٤٢) و(٣٣٤٣)، والبيهقيُّ ٨/٢٨٧.

وقد أخرج غيرُهم الحديثَ مُختصَراً دونَ القِصَّة. وفي روايةٍ: أنَّ النَّبيَّ ﷺ هو الذي أخَّرَه.

وأبو طُعمةَ هلالٌ مولَى عمرَ بن عبد العزيز: قارئُ مصرَ، ذكره ابنُ حبَّانَ في "الثِّقات"، ووثَّقه ابنُ عمّار المَوْصليُّ والذَّهبيُّ، وقال ابنُ حَجَرٍ في "التَّقريب": لم يثْبُتْ أنَّ مَكحولاً وثَّقَه.

وروى زيدُ بن حُباب حدَّثني أفلحُ بن سعيدٍ الأنصاريُّ قال: حدَّثني بُرَيدةُ بن سفيانَ بنِ فَروةَ الأسلميُّ عن غلام نجدة ـ يقال له: مسعودٌ ـ أنَّه مرَّ به النَّبيُّ ﷺ وأبو بكرٍ، فقال: يا مسعودُ قل لأبي تميمٍ مَولاكَ يَبْعَثْ لنا ببعيرٍ ودليلٍ فبعَثَه معهما ببعيرٍ ووَطْبٍ مِن لَبَنٍ، وحَضَرَتِ الصَّلاةُ، فقام رسولُ الله ﷺ وأبو بكرٍ عن يمينه، وقد عرَفتُ الإسلامَ فقُمتُ خلفَهما، فدفَعَ رسولُ الله ﷺ في صدر أبي بكرٍ، فقُمنا وراءه.

أخرجه النَّسائيُّ في "المجتبى" ٢/٨٤ ــ ٨٥، و"الكبرى" (٨٧٥)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" ٢٠/(٧٨٤)، وابنُ قانعٍ في "معجمه" ٣/٦٤ (١٠١٦). قال النسائي: وبُرَيْدَةُ هذا ليس بالقويِّ في الحديث إلاّ أنَّ هذا لا يدلُّ للمصنِّف على أنَّ اليمين مُختصٌّ بالشَّيخين!

فقد روى مالكُ بن أنسٍ والأوزاعيُّ ويونس وشعيب قالوا: عن الزُّهريِّ عن أنسِ بن مالكٍ أنَّ رسولَ الله ﷺ أُتِيَ بلَبَنٍ وقد شِيْبَ بماء، وعن يمينه أعرابيٌّ وعن يساره أبو بكرٍ، فشَرِبَ، ثمَّ أعطَى الأعرابيَّ وقال: ((الأيمنَ فالأيمنَ)).

أخرجه مالكٌ في "الموطأ" ٢/٩٢٦، والبخاريُّ في المساقاة (٢٣٥٢) باب من رأى صدقة الماء (٥٦١٢) في الأشربة ـ باب شرب الماء باللَّبن و(٥٦١٩) ـ باب الأيمن فالأيمن، ومسلمٌ (٢٠٢٩) في الأشربة ـ باب استحباب إدارة الماء، وأبو داود (٣٧٢٦) في الأشربة ـ باب في الساقي متى يشرب، والتِّرمذيُّ (١٨٩٣) في الأشربة ـ باب أنَّ الأيمنين أحَقُّ، وابنُ ماجَه (٣٤٢٥) في الأشربة ـ باب إذا شرب أعطى الأيمن، وأحمدُ ٣/١١٣، وابنُ حبّانَ (٥٣٣٣) و(٥٣٣٤) و(٥٣٣٦) و(٥٣٣٧).

وروى سفيانُ ومَعمرُ وأبو سَلَمةَ الماجَشُون عن الزُّهريِّ سَمِعتُ أنساً يقول: ((قَدِمَ رسولُ الله ﷺ المدينةَ وأنا ابنُ عشرِ سنينَ، ومات وأنا ابنُ عشرينَ سنةً، وكنَّ أُمَّهاتي يَحثُثْنني على خِدْمته، فدخَلَ علينا دارَنا، فحَلَبنا له مِن شاةٍ داجنٍ، وشِبْنا له لَبَنَها بماءٍ مِن بئر الدّار، وأبو بكرٍ عن يمينه وعمرُ وُجاهَهُ، فشَرِبَ النَّبيُّ ﷺ، فقال عمرُ: يا رسولَ الله أَعْطِ أبا بكرٍ، فناوَلَه الأعرابيَّ، وقال: ((الأيمنَ فالأيمنَ)).

أخرجه مسلمٌ (٢٠٢٩)، وابنُ أبي شَيبةَ ٥/٥٢٤، وعبدُ الرَّزّاق في "المصنَّف" (١٩٥٨٢)، وأحمدُ ٣/١٩٧و٢٣١، وأبو عَوانةَ (٨٢١٩) و(٨٢٢٠) و(٨٢٢١)، وأبو يَعْلى في "مسنده" (٣٥٥٢) و(٣٦٠٠)، والعُقَيليُّ في "الضُّعفاء" ٤/١٢٨، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٧/٢٨٥، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٦/١٥٢ و١٥٣.

وروى مالكٌ وأبو غسّانَ محمَّدُ بن مُطرِّف وعبدُ العزيز بن أبي حازمٍ ويعقوبُ القاري وعبدُ الله بنُ جعفرٍ وفُضيلُ بن سليمانَ ويوسفُ بن خالدٍ وخارجةُ بن مصعب عن أبي حازمٍ سَلَمةَ بنِ دينارٍ عن سَهْلِ بن سعدٍ السّاعديِّ ((أنَّ رسولَ الله ﷺ أُتِيَ بشرابٍ وعن يمينه غلامٌ وعن يساره الأشياخُ، فقال للغلام: أتأذنُ لي أنْ أُعطِيَ هؤلاءِ؟ فقال: لا والله يا رسولَ الله! لا أُوثِرُ بنصيبي مِنك أحداً، قال: فتَلَّه رسولُ الله ﷺ في يده)). =

وإقبالاً، وإشارةً، ونظراً،.................................

بينَ يدَيهِ كالمُتعلّمِ بينَ يدَي مُعلّمِهِ، ويكونَ بُعدُهما عنه قَدْرَ ذراعينِ أو نحوِهما، ولا يُمَكّنُهما مِن التَّربُّعِ ونحوِهِ، ويكونُ أعوانُهُ قائمةً بينَ يدَيهِ، وأمّا قيامُ الأخصامِ بينَ يدَيهِ فليس معروفاً، وإنّما حدَث لِما فيه مِن الحاجةِ إليه، والنّاسُ مُختلِفُو الأحوالِ والأَدبِ وقد حدَثَ في هذا الزّمانِ أمورٌ وسُفَهاءُ، فيَعمَلُ القاضي بمقتضى الحالِ، كذا في "الفتح"[١]، يعني: فمِنهم مَن لا يَستحِقُّ الجلوسَ بينَ يدَيهِ ومِنهم مَن يَستحِقُّ، فيُعطي كلَّ إنسانٍ ما يَستحِقُّهُ. بَقِيَ ما لو كان أحدُهما يَستحِقُّهُ دونَ الآخَرِ وأبَى الآخَرُ إلاّ القيامَ، لم أرَ المسألةَ، وقياسُ ما في "الفتح" أنَّ القاضيَ لا يَلتفِتُ إليه، "نهر"[٢].

[٢٦٠٨١] (قولُهُ: وإقبالاً) أي نظراً، "قُهستاني"[٣]. والأَولى تفسيرُهُ بالتَّوجُّهِ إليه صورةً أو معنًى؛ لئلاّ يتكرَّرَ بما بعدَه.

(قولُهُ: ولا يُمكّنهما مِن التَّربُّعِ ونحوِهِ) كالإقعاءِ والاحتباءِ، بل يجثوانِ كما في "البزّازيَّة".

(قولُهُ: وقياسُ ما في "الفتح" أنَّ القاضيَ لا يَلتفِتُ إليه) بل مُقتضى ما فيه أنّه يُعطي كلَّ واحدٍ مِنهما ما يَستحِقُّهُ وإنْ لم يَحصُلْ إباءٌ بناءً على ما فَسَّرَ به كلامَهُ، وفيه تأمُّلٌ.

= أخرجه مالكٌ في "الموطأ" ٢/٩٢٦ ـ ٩٢٧، والبخاريُّ (٥٦٢٠) في الأشربة ـ باب هل يستأذن الرَّجل مَن عن يمينه في الشُّرب؟، ومسلمٌ (٢٠٣٠) في الأشربة ـ باب استحباب إدارة الماء باللّبَن، وابنُ حبّانَ (٥٣٣٥)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (٥٧٦٩) و(٥٧٨٠) و(٥٨١٥) و(٥٨٩٠) و(٥٩٤٨) و(٥٩٥٧) و(٥٩٨٩) و(٦٠٠٧).

وفي حديثِ وَفْدِ عبد القيس مِن طريق يحيى بن عبد الرَّحمن العَصَريِّ ثنا شِهابُ بن عَبّادٍ أنّه سَمِعَ بعضَ وَفْدِ عبد القيس وهو يقول: ((... فتخلَّف بعدَ القومِ، فعقَلَ رواحِلَهم، وضَمَّ مَتاعَهم، ثمَّ أخرجَ عَيبتَه فألقَى عنه ثيابَ السَّفَر ولَبِسَ مِن صالحِ ثيابه، ثمَّ أقبَلَ إلى النَّبيِّ ﷺ وقد بسَطَ النَّبيُّ ﷺ رِجلَه واتَّكأ، فلمّا دَنا مِنه الأَشَجُّ أوسَعَ القومُ له وقالوا: هاهنا يا أَشَجُّ، فقال النَّبيُّ ﷺ واستَوَى قاعداً وقبضَ رِجلَه: هاهنا يا أَشَجُّ، فقعدَ عن يمين النَّبيِّ ﷺ واستَوَى قاعداً، فرحَّب به وألطَفَه ...)). أخرجه أحمدُ ٤/٢٠٦.

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٧٤.

(٢) "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/ب.

(٣) جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢٢.

ويَمتنِعُ مِن[١] مُسارَّةِ أحدِهما، والإشارةِ إليه)، ورَفْعِ صوتِهِ عليه، (والضَّحِكِ في وجهِهِ[٢]) وكذا القيامُ له بالأَولى، (وضيافتُهُ)، نَعَمْ لو فعَلَ ذلك معهما معاً جازَ، "نهر"[٣]. (ولا يَمزَحُ) ....

[٢٦٠٨٢] (قولُهُ: ويَمتنِعُ مِن مُسارَّةِ أحدِهما) أي: يَجتنِبُ التَّكلُّمَ معه خُفيةً، وكذا القائمُ بينَ يدَيهِ كما في "الولوالجيَّة"[٤]، وهو الجِلْوازُ[٥] الذي يَمنَعُ النّاسَ مِن التَّقدُّمِ إليه، بل يُقيمُهم بينَ يدَيهِ على البُعدِ ومعه سَوطٌ، والشُّهودُ يُقرَّبونَ، "نهر"[٦].

[٢٦٠٨٣] (قولُهُ: والإشارةِ إليه) مُستدرَكٌ بما قبلَهُ، "ط"[٧].

[٢٦٠٨٤] (قولُهُ: ورَفْعِ صوتِهِ عليه) ينبغي أنْ يستثنيَ ما لو كان بسببٍ كإساءةِ أدبٍ ونحوِهِ.

[٢٦٠٨٥] (قولُهُ: لو فعَلَ ذلك) أي: الضِّيافةَ. وقال في "النَّهر"[٨] أيضاً: ((وقياسُهُ: أنَّه لو سارَّهما أو أشارَ إليهما معاً جازَ[٩])).

[٢٦٠٨٦] (قولُهُ: ولا يَمزَحُ) أي: يُداعِبُ في الكلامِ، مِن بابِ نَفَعَ.

(قولُهُ: وقياسُهُ: أنَّه لو سارَّهما أو أشارَ إليهما معاً جازَ) فيه: أنَّ الإشارةَ لا تَنحصِرُ في كيفيَّةٍ واحدةٍ، وقد يَتوهَّمُ أحدُهما مِن الإشارةِ لصاحبِهِ ما لا يَتوهَّمُ الآخَرُ، وكذا المُسارَّةُ بالأَولى. نَعَمْ لو سارَّهما معاً انتفَى الوهمُ. اهـ "سنديّ".

---

(١) في "د" و"و": ((عن)).

(٢) في "ط": ((وجه)).

(٣) "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/ب.

(٤) "الولوالجية": كتاب القضاء ـ الفصل الأول فيما ينفذ قضاء القاضي وفيما لا ينفذ إلخ ٣٦/٤.

(٥) الجِلْوازُ: الشُّرْطيُّ. انظر "اللسان" و"الصحاح" و"القاموس": مادة ((جلز)).

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/ب وفيه: ((الجواز)) بدل ((الجِلْواز))، وهو تحريف.

(٧) "ط": كتاب القضاء ١٨٤/٣.

(٨) "النهر": كتاب القضاء ق٤٣٠/ب.

(٩) في "م": ((جا))، وهو خطأ.

في مجلسِ الحُكمِ (مُطلقاً) ولو لغيرِهما؛ لذَهابهِ بمَهابتِهِ. (ولا يُلقِّنُهُ حُجَّتَهُ) وعنِ "الثّاني": لا بأسَ به، "عينيّ". (ولا) يُلقِّنُ (الشّاهدَ شهادتَهُ)، واستحسَنَهُ "أبو يوسفَ" فيما لا يَستفيدُ به زيادةَ عِلمٍ، والفتوى على قولِهِ فيما يتعلّقُ بالقضاءِ؛...............

[٢٦٠٨٧] (قولُهُ: في مجلسِ الحُكمِ) أمّا في غيرِهِ فلا يُكثِرُ مِنه؛ لأنّه يَذهَبُ بالمَهابةِ، "بحر"[1].

[٢٦٠٨٨] (قولُهُ: "عينيّ") عبارتُهُ[2]: ((وعنِ "الثّاني" في روايةٍ و"الشّافعيّ"[3] في وجهٍ: لا بأسَ بتلقينِ الحُجَّةِ)) اهـ. وظاهرُهُ ضَعفُها، بل ظاهرُ "الفتح"[4] أنَّ هذا في تلقينِ الشّاهدِ لا الخَصمِ كما يأتي[5]. نَعَمْ، في "البحر"[6] عن "الخانيّة"[7]: ((ولو أمَرَ القاضي رجلينِ ليُعلِّماهُ الدَّعوى والخُصومةَ فلا بأسَ به خُصوصاً على قولِ "أبي يوسفَ")).

[٢٦٠٨٩] (قولُهُ: واستحسَنَهُ "أبو يوسفَ") قال في "الفتح"[8]: ((وعن "أبي يوسفَ" ـ وهو وجهٌ لـ"الشّافعيّ" ـ: لا بأسَ به لِمَنِ استولَتْهُ الحَيرةُ أوِ الهَيبةُ فترَكَ شيئاً مِن شرائطِ الشّهادةِ، فيُعينُهُ بقولِهِ: أتشهَدُ بكذا وكذا بشرطِ كونِهِ في غيرِ موضِعِ التُّهَمَةِ، أمّا فيها بأنِ ادَّعَى المُدَّعي ألفاً وخمسمائةٍ، والمُدَّعَى عليه يُنكِرُ الخمسمائةِ وشَهِدَ الشّاهدُ بألفٍ، فيقولُ القاضي:

(قوله: أمّا فيها بأنِ ادَّعَى المُدَّعي ألفاً وخمسمائةٍ، والمُدَّعَى عليه يُنكِرُ الخمسمائةِ، وشَهِدَ الشّاهدُ بألفٍ، فيقولُ القاضي إلخ) كذا عبارةُ "الفتح"، ولا يظهَرُ تصويرُ المسألةِ بما قالَهُ[9]، وإنّما يظهَرُ بما إذا ادَّعَى ألفاً والشّاهدُ يَشهَدُ بألفٍ وخمسمائةٍ، فقال القاضي: يُحتمَلُ أنّه أبرَأَهُ إلخ.

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٧.

(٢) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ٢/٨٦.

(٣) انظر "البيان شرح المهذب": كتاب الأقضية ـ باب صفة القضاء ١٣/٨٦، وهو قول الاصطخريّ، والقول الثاني هو المذهب عندهم.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٧٤.

(٥) في المقولة الآتية.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٣٠٧.

(٧) "الخانية": كتاب الشهادات ـ باب فيمن لا تجوز شهادتهم ـ فصل فيمن لا تقبل شهادته للتُّهَمَةِ ٢/٤٦٩ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٧٤ ـ ٣٧٥.

(٩) **نقول**: بل يظهر تصوير المسألة بما قاله صاحب "الفتح"، فإن الخمسمائة تكونُ محلَّ النزاعِ، ويكونُ تلقينُ القاضي الشاهدَ تلقيناً يُستفاد به زيادةُ علمٍ في موضع التهمة، على أنّ ما قاله صاحبُ "الفتح" في تصوير المسألة هو ما في "العناية" ٦/٣٧٤، وعليه فلا يتّجه ما أورده الرافعيُّ رحمه الله على صاحب "الفتح" في صورة المسألة، والله تعالى أعلم.

لزيادةِ تَجْربتِهِ، "بزّازيَّة"[١]. في "الولوالجيَّة"[٢]: ((حُكِيَ أنَّ "أبا يوسفَ" وقتَ موتِهِ قال: اللهمَّ إنَّك تعلَمُ أنّي لم أَمِلْ إلى أحدِ الخَصمينِ..........................

يُحتمَلُ أنَّه إبراءٌ[٣] مِن الخمسمائةِ، واستفادَ الشّاهدُ بذلك عِلماً، فوفَّقَ به في شهادتِهِ كما وفَّقَ القاضي، فهذا لا يَجوزُ بالاتّفاقِ كما في تلقينِ أحدِ الخَصمين)) اهـ، ثمَّ ذكَرَ[٤]: ((أنَّ ظاهرَ "الهداية" ترجيحُ قولِ "أبي يوسفَ")) اهـ. وحكايةُ الرِّوايةِ في تلقينِ الشّاهدِ[٥] والاتّفاقِ في تلقينِ أحدِ الخَصمينِ يَنفي ما مرَّ[٦] عنِ "العينيِّ"، تأمَّلْ.

[مطلب في تولّي محمّدِ بنِ الحسن القضاءَ]

[٢٦٠٩٠] (قولُهُ: لزيادةِ تَجْربتِهِ) قدَّمنا[٧] عنِ "الكفاية": ((أنَّ "محمَّداً" تولَّى القضاءَ أيضاً))، وذكَرَ "عبدُ القادر" في "طبقاته"[٨]: ((أنَّ "الرَّشيدَ" ولاّهُ قضاءَ الرَّقَّةِ، ثمَّ عزَلَهُ وولاّهُ قضاءَ الرَّيِّ)) اهـ. والظّاهرُ أنَّ مدَّتَهُ لم تَطُلْ، ولذا لم يَشتهِرْ بالقضاءِ كما اشتهَرَ "أبو يوسفَ"، فلم يَحصُلْ له مِن التَّجربةِ ما حصَلَ لـ"أبي يوسفَ"؛ لأنَّه كان قاضيَ المشرقِ والمغربِ، وزيادةُ التَّجربةِ تُفيدُ زيادةَ عِلمٍ. قال "الحَمَويُّ"[٩]: ((قال "مجدُ الأئمَّةِ التَّرجمانيُّ"[١٠]: والذي يُؤيِّدُهُ ما ذكَرَهُ في "الفتاوى"[١١]: أنَّ "أبا حنيفةَ" كان يقولُ: الصَّدَقةُ أفضلُ مِن حَجِّ التَّطوُّعِ، [٣/ق٢٠٤/أ] فلمّا حَجَّ وعرَفَ مَشاقَّهُ رجَعَ وقال: الحَجُّ أفضلُ)) اهـ.

٣١٢/٤

---

(١) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الأول في التقليد ٥/١٣٤ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٢) "الولوالجية": كتاب القضاء ـ الفصل الأول فيما ينفذ قضاء القاضي وفيما لا ينفذ إلخ ٤/٢٦.
(٣) في "ب" و"م": ((أبرأ)).
(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٧٥.
(٥) في "آ": ((تلقين شهادة الشاهد)).
(٦) في المقولة السابقة.
(٧) المقولة [٢٦٠٣٥] قوله: ((والتَّركُ عزيمةٌ إلخ)).
(٨) "الجواهر المضيّة": ٣/١٢٥.
(٩) "غمز عيون البصائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب الحج ٢/٨٣.
(١٠) **نقول**: لم يصرِّح الحمويّ به، بل قال: ((بعض الفضلاء))، والتَّرجمانيُّ متقدِّمٌ على صاحب "الفتاوى البزازية"، فلعلَّه سبقُ قلمٍ من ابن عابدين رحمه الله.
(١١) عبارة الحموي: ((البزازي في "جامعه")). وانظر "الفتاوى البزازية": كتاب الحج ٤/١٠٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

حتّى بالقَلْبِ[1] إلاّ في خُصومةِ نصرانيٍّ مع "الرَّشيدِ" لم أُسَوِّ بينَهما، وقضَيتُ على الرَّشيدِ، ثمَّ بكَى)) اهـ. **قلتُ**: ومُفادُهُ: أنَّ القاضيَ يقضي على مَن ولاّهُ،.........

[٢٦٠٩١] (قولُهُ: حتّى بالقَلْبِ) أي: لم يَحصُلْ مِنه مَيْلُ قلبِهِ إلى عَدَمِ التَّسويةِ بينَ الخَصمينِ بقرينةِ الاستثناءِ.

[٢٦٠٩٢] (قولُهُ: قلتُ: ومُفادُهُ إلخ) قال في "الفتح"[2]: ((والدَّليلُ عليه قضيَّةُ "شُريحٍ" مع "عليٍّ"، فإنَّه قامَ وأجلَسَ "عليّاً" مَجلِسَهُ[3])) اهـ.

---

(١) في "د": ((في القلب)).

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧٤/٦، وعبارته: ((والدليل عليه قصة شريح)).

(٣) روى إبراهيمُ بن حبيبٍ وأَسِيدُ الجَمّالُ ثنا عمرُو بن شَمِر عن جابرٍ الجُعْفيِّ عن الشَّعبيِّ قال: ((خرجَ عليُّ بن أبي طالبٍ إلى السُّوق، فإذا هو بنَصرانيٍّ يبيعُ دِرْعاً، قال: فعرَفَ عليٌّ الدِّرْعَ، فقال: هذه دِرْعي، بيني وبينك قاضي المسلمين، قال: وكان قاضي المسلمين شُرَيحٌ كان عليٌّ استقضاه، قال: فلمّا رأى شُرَيحٌ أميرَ المؤمنين قامَ مِن مجلسِ القضاء وأجلسَ عليّاً في مَجلِسه، وجلسَ شُرَيحٌ قُدّامَه إلى جنبِ النَّصرانيِّ، فقال له عليٌّ: أمَا يا شُرَيحُ لو كان خَصمي مُسلِماً لقعدتُ معه مَجلِسَ الخَصمِ، ولكنّي سَمِعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: ((لا تُصافحوهم، ولا تَبدؤوهم بالسَّلام، ولا تَعودوا مرضاهم، ولا تُصلُّوا عليهم، وأَلجئوهم إلى مَضايقِ الطُّرق، وصَغِّروهم كما صغَّرَهم الله))، اقضِ بيني وبينه يا شُرَيحُ، فقال شُرَيحٌ: تقول يا أميرَ المؤمنينْ، قال: فقال عليٌّ: هذه دِرْعي ذهبَتْ مِنّي منذ زمانٍ، قال: فقال شُرَيحٌ: ما تقول يا نصرانيُّ، قال: فقال النَّصرانيُّ: ما أُكذِّبَ أميرَ المؤمنين، الدِّرْعُ هي دِرْعي، قال: فقال شُرَيحٌ: ما أرى أنْ تخرُجَ مِن يده، فهل مِن بيِّنةٍ؟ فقال عليٌّ رضي الله عنه: صدَقَ شُرَيحٌ، قال: فقال النَّصرانيُّ: أمّا أنا أشهَدُ أنَّ هذه أحكامُ الأنبياء، أميرُ المؤمنين يجيءُ إلى قاضيه وقاضيه يقضي عليه، هي والله يا أميرَ المؤمنين دِرْعُك، اتَّبعتُكَ مِن الجيش وقد زالَتْ عن جَمَلِكَ الأَوْرق فأخذتُها، فإنّي أشهَدُ أنْ لا إله إلاّ اللهُ وأنَّ محمَّداً رسولُ الله، قال: فقال عليٌّ رضي الله عنه: أمّا إذا أسلمتَ فهي لك، وحَمَلَه على فرسٍ عتيقٍ)). قال: فقال الشَّعبيُّ: لقد رأيتُه يقاتلُ المشركين)). وفي روايةٍ قال: ((... يا شُرَيحُ لولا أنَّ خَصمي نصرانيٌّ لجَثَيتُ بين يديك ...)) وقال في آخِره: ((قال: فوهَبَها عليٌّ رضي الله عنه له، وفرَضَ له ألفين، وأُصيبَ معه يومَ صِفّين ...)). ورُوِي مِن وجهٍ آخَرَ أيضاً ضعيفٍ عن الأعمش عن إبراهيمَ التَّيميِّ.

أخرجه البيهقيُّ في "الكبرى" ١٣٦/١٠ ـ وعنه ابنُ عساكرَ في "تاريخ دمشق" ٢٣/٢٣ ـ ٢٤.

وعمرُو بن شَمِر الجُعْفيُّ الكوفيُّ: قال يحيى بنُ مَعين: ليس بشيء، وقال البخاريُّ: مُنكَرُ الحديث، وقال النَّسائيُّ والدّارقطنيُّ: متروكُ الحديث، وقال الجَوزجانيُّ: زائغٌ كذّاب، وقال السُّليمانيُّ: كان عمرٌو يضَعُ على الرَّوافض. =

وفي "الملتقى"[(١)]: ((ويَصِحُّ لِمَن ولاّهُ وعليه))، وسيجيءُ.

(فروعٌ)

في "البدائع"[(٢)]: ((مِن جملةِ أدبِ القاضي أنّه لا يُكلِّمُ أحدَ الخَصمينِ بلسانٍ لا يَعرِفُهُ الآخَرُ)). وفي "التّتارخانيّة": ((والأحوطُ أنْ يقولَ للخَصمينِ: أَحكُمُ بينَكما؟ حتّى إذا كان في التّقليدِ خَلَلٌ يصيرُ حَكَماً بتحكيمِهما)). قضَى بحَقٍّ، ثُمَّ أَمَرَهُ السُّلطانُ بالاستئنافِ بمَحضَرٍ مِن العُلماءِ لم يلزَمْهُ، "بزّازيّة"[(٣)]. ....

[٢٦٠٩٣] (قولُهُ: وسيجيءُ) أي: في آخرِ بابِ كتابِ القاضي[(٤)].

[٢٦٠٩٤] (قولُهُ: بلسانٍ لا يَعرِفُهُ الآخَرُ) لأنّه كالمُسارَّةِ.

[٢٦٠٩٥] (قولُهُ: أَحكُمُ بينَكما) أي: ويقولان: نَعَم احكُمْ بينَنا.

[٢٦٠٩٦] (قولُهُ: لم يلزَمْهُ) أفادَ أنّه لو استأنَفَ براءةً لعِرضِهِ لا بأسَ به.

= وجابرُ بن يزيدَ الجُعْفيُّ: متروكٌ عند أكثر العلماء، وأجاز بعضُهم الرِّوايةَ عنه على ضَعْفه.

وروى سعيدُ بن منصور ثنا هُشَيمٌ ثنا سيّارٌ ثنا الشّعبيُّ قال: كان بين عمرَ بنِ الخطّاب وبين أُبيِّ بنِ كعبٍ رضي الله عنهما تدارؤٌ في شيءٍ، وادَّعَى أُبيٌّ على عمرَ رضي الله عنهما فأنكَرَ ذلك، فجَعَلا بينهما زيدَ بن ثابتٍ، فأَتَياه في منزله، فلمّا دَخَلا عليه قال له عمرُ رضي الله عنه: أتيناك لتحكُمَ بيننا، وفي بيته يؤتَى الحَكَمُ، فوسَّعَ له زيدٌ عن صدر فراشه، فقال: هاهنا يا أميرَ المؤمنين، فقال له عمرُ رضي الله عنه: لقد جُرْتَ في الفُتيا ولكنْ أجلسُ مع خَصمي، فجَلَسا بين يديه، فادَّعَى أُبيٌّ وأنكَرَ عمرُ رضي الله عنهما، فقال زيدٌ لأُبيٍّ: أَعْفِ أميرَ المؤمنين مِن اليمين وما كنتُ لأسأَلَها لأحدٍ غيره، فحلَفَ عمرُ رضي الله عنه، ثمَّ أقسَمَ لا يدركُ زيدَ بن ثابتٍ القضاءُ حتّى يكونَ عمرُ ورجلٌ مِن عُرْضِ المسلمين عنده سواءً.

أخرجه البيهقيُّ في "الكبرى" ١٣٦/١٠ و١٤٤ ـ ١٤٥.

وروى أبو معاويةَ عن الأعمش عن تَميم بن سَلَمةَ قال: جاء ابنُ أبي عُصَيفير إلى شُرَيحٍ يُخاصمُ رجلاً فجلسَ معه على الطُّنْفُسةِ، فقال له: قُمْ فاجلِس مع خَصمك فإنّ مَجلِسَكَ يَريبُه، فغضِبَ ابنُ أبي عُصَيفير، فقال له شُريحٌ: قُمْ فاجلِس مع خَصمك، إنّي لا أدَعُ النُّصرةَ وأنا عليها لقادرٌ. أخرجه البيهقيُّ في "الكبرى" ١٣٦/١٠.

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء ـ فصل: ولو حكم الخصمان إلخ ٧٨/٢.

(٢) "البدائع": كتاب آداب القاضي ـ فصل: وأما آداب القضاء فكثيرة ٩/٧.

(٣) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الأول في التقليد ١٣٦/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) صـ٥٨٣ـ وما بعدها "در".

طلَبَ المَقضيُّ عليه نُسخةَ السِّجلِّ مِن المَقضيِّ له ليَعرِضَهُ على العُلماءِ أهو صحيحٌ أم لا، فامتَنَعَ، أَلزَمَهُ القاضي بذلك، "جواهر الفتاوى"[(١)]. وفي "الفتح": ((متى أمكَنَ إقامةُ الحَقِّ بلا إيغارِ صُدورٍ كان أولى)). وهل يَقبَلُ قَصَصَ الخُصومِ؟

[٢٦٠٩٧] (قولُهُ: نُسخةَ السِّجلِّ) أي: كتابَ القاضي الذي فيه حُكمُهُ، المُسمَّى الآنَ بالحُجَّةِ.

[٢٦٠٩٨] (قولُهُ: أَلزَمَهُ القاضي بذلك) الظّاهرُ: أنَّ الإشارةَ للعَرْضِ على العُلماءِ؛ لأنَّ السِّجلَّ ـ أي: الحُجَّةَ ـ لو كان مِلكَهُ لا يلزَمُهُ دَفْعُهُ للمَقضيِّ عليه، تأمَّلْ.

[٢٦٠٩٩] (قولُهُ: وفي "الفتح" إلخ) حيثُ قال[(٢)]: ((وفي "المبسوط"[(٣)] ما حاصلُهُ: أنَّه ينبغي للقاضي أنْ يَعتذِرَ للمَقضيِّ عليه ويُبيِّنَ له وجهَ قضائهِ، ويُبيِّنَ له أنَّه فَهِمَ حُجَّتَهُ ولكنَّ الحُكمَ في الشَّرعِ كذا يقتضي القضاءَ عليه، فلم يمكنْ غيرُهُ ليكونَ ذلك أَدفَعَ لشِكايتِهِ للنّاسِ ونِسبتِهِ إلى أنَّه جارَ عليه، ومَن يَسْمَعْ يَخَلْ[(٤)]، فربَّما تُفسِدُ العامَّةُ عِرضَهُ وهو بريءٌ، وإذا أمكَنَ إقامةُ الحَقِّ مع عَدَمِ إيغارِ الصُّدورِ كان أولى)) اهـ. وفي "الصَّحاح"[(٥)]: ((الوَغْرَةُ[(٦)]: شدَّةُ توقُّدِ الحَرِّ، ومِنه قيل: في صدرِهِ عليَّ وَغْرٌ ـ بالتَّسكين ـ أي: ضِغْنٌ وعداوةٌ وتوقُّدٌ مِن الغَيظِ)).

[٢٦١٠٠] (قولُهُ: قَصَصَ الخُصومِ) جمعُ قَصَّةٍ وهي ـ بالفتح ـ: الجَصَّةُ، والمرادُ بها[(٧)] هنا

---

(١) "جواهر الفتاوى" لأبي بكر الكَرْمانيّ (ت٥٦٥هـ)، وتقدمت ترجمته ١/٦٩٩.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٧١.

(٣) "المبسوط": كتاب آداب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ١٦/١٠٨.

(٤) أي: ومَنْ يَسمعِ المقضيَّ عليه يَشكُو الجَوْرَ يَحْسِبِ الشَّكوى صحيحةً.

(٥) "الصحاح": مادة ((وغر)).

(٦) **نقول**: الذي في النسخ جميعها: ((الوَغْرُ)) دون تاء مربوطة، وما أثبتناه من المعجمات بالتاء المربوطة هو الصواب؛ إذ ليس فيها ((الوَغْرُ)) بمعنى شِدَّةِ توقُّدِ الحَرِّ.

(٧) في "الأصل": ((به)).

إنْ جلَسَ للقضاءِ لا، وإلاّ أخذَها، ولا يأخُذُ بما فيها إلاّ إذا أقرَّ بلفظِهِ صريحاً[١].

ورَقَةٌ يَكتُبُ فيها قِصَّتَهُ[٢] مع خَصمِهِ، ويُسمَّى الآنَ: عَرْضَ حالٍ.

[٢٦١٠١] (قولُهُ: لا) أي: لأنَّ كلامَهُ بلسانِهِ أحسنُ مِن كتابتِهِ.

[٢٦١٠٢] (قولُهُ: ولا يأخُذُ بما فيها) عبارةُ غيرِهِ[٣]: ((ولا يُؤاخِذُ))، أي: لا يُؤاخِذُ صاحبَها بما كتَبَهُ فيها مِن إقرارٍ ونحوِهِ ما لم يُقِرَّ بذلك صريحاً؛ لأنَّه لا عِبرةَ بمجرَّدِ الخَطِّ، فافهمْ، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

---

(١) ذكر صاحب "البحر" المسألة نقلاً عن "الصدر الشهيد"، انظر "البحر" ٣٠٤/٦.

(٢) في "ب" و"م": ((قَضِيَّةً)).

(٣) هي عبارة الصدر الشهيد، كما في "البحر" ٣٠٤/٦، ونقلها عنه "ط" ١٨٥/٣.

﴿فصلٌ في الحَبْس﴾

هو مشروعٌ بقولِهِ تعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣]، وحبَسَ عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ رجلاً بالتُّهَمَةِ في المسجدِ*. ....

﴿فصلٌ في الحَبْس﴾

هو مِن أحكامِ القضاء، إلاّ أنَّه لَمّا اختَصَّ بأحكامٍ كثيرةٍ أفرَدَهُ بفصلٍ على حِدَةٍ، نهر[(١)].

وهو لغةً: المَنْعُ، مصدرُ حَبَسَ كـ: ضَرَبَ، ثمَّ أُطلِقَ على المَوْضِعِ، وترجَمَ "المصنِّفُ"[(٢)] لـه، وزادَ فيه مسائلَ أُخَرَ مِن أحكامِ القضاء ذكَرَها في "الهداية"[(٣)] في فصلٍ على حِدَةٍ، فكـان الأَولى أنْ يقولَ: في الحَبْسِ وغيرِهِ، كما قال في باب: كتابُ القاضي إلى القاضي وغيرِهِ.

[٢٦١٠٣] (قولُهُ: هو مشروعٌ إلخ) أرادَ أنَّـه مشـروعٌ بالكتـابِ والسُّـنَّةِ، زادَ "الزَّيلعـيُّ"[(٤)]: ((والإجماعِ؛ لأنَّ الصَّحابةَ رضي الله تعالى عنهم أجمعُوا عليه)).

[٢٦١٠٤] (قولُـهُ: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾) فـإنَّ المرادَ بـالنَّفْيِ الحَبْسُ كما تقـدَّمَ[(٥)] في قُطّاعِ الطَّريق. اهـ "ح"[(٦)].

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/أ.

(٢) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٥/ب.

(٣) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ فصل آخر ١٠٧/٣.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٧٩/٤.

(٥) ٤٠٣/١٢ "در".

(٦) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٧/أ.

* روى عبدُ الرَّزّاق وهشامُ بن يوسفَ وابنُ المبارك عن مَعمرٍ عن بَهْزِ بن حَكيمٍ عن أبيه عن جَـدِّه معاويـةَ بـنِ حَيـدة رضي الله عنه ((أنَّ النَّبيَّ ﷺ حبَسَ رجلاً في تُهمَةٍ)). زادَ أحمدُ بن يوسفَ عن عبد الرَّزّاق: ((ساعةً مِن نهارٍ)). وزادَ عليُّ بن سعيدٍ ويوسفُ بن عَدِيٍّ عن ابن المبارك: ((فكُلِّمَ فيه فخلَّى سبيلَه)).

أخرجه أبو داودَ (٣٦٣٠) في القضاء ـ باب في الحبس في الدَّين وغيـره، والتِّرمذيُّ (١٤١٧) في الدِّيات، وقـال: حديثُ بَهْزٍ عن أبيه عن جَدِّه حديثٌ حسنٌ، وقد روى إسماعيلُ بن إبراهيمَ عن بَهْزِ بنِ حَكيمٍ هذا الحديثَ أتمَّ مِن هذا وأطولَ. والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٦٧/٨، و"الكبرى" (٧٣٦٢) في قَطْعِ السّارق ـ باب امتحان السّارق بالضَّرب والحبس، =

= والعُقَيليُّ في "الضُّعفاء" ٥٢/١، والطَّبرانيُّ في "الكبير" ١٩/(٩٩٨)، و"الأوسط" (١٥٤)، وابنُ عَدِيٍّ ٦٦/٢ و٦٧، والحاكمُ في "المستدرك" ١٠٢/٤، وقال: صحيحُ الإسناد، ولم يُخرِّجاه. قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِ هذا الحديثَ عن بَهْزٍ إلاّ مَعمرٌ. وقال التِّرمذيُّ في "علله الكبير" كما في "ترتيبه" (٢٣٩): سألتُه [محمَّداً البخاريَّ] عن حديث بَهْزٍ عن أبيه عن جَدِّه في هذا الباب فقال: قد روى هشامُ بن يوسفَ عن مَعمرٍ بطوله مثلَ ما روى إسماعيلُ بن عُلَيَّةَ عن بَهْزِ بن حَكيم.

ورواه عبدُ الرَّزّاق وإسماعيلُ بن إبراهيمَ عن مَعمرٍ عن بَهْزِ بن حَكيمٍ عن أبيه عن جَدِّه قال: ((أخَذَ النَّبيُّ ﷺ ناساً مِن قومي في تُهْمةٍ، فجاءَ رجلٌ مِن قومي إلى النَّبيِّ ﷺ، وهو يَخطُبُ فقال: يا محمَّدُ! علامَ تَحبسُ جيرتي؟ فصمَتَ النَّبيُّ ﷺ، فقال: إنَّ أُناساً لَيقولون: إنَّك تنهَى عن الشَّيء وتستخلي به، فقال النَّبيُّ ﷺ: ما تقول؟ فجعلتُ أُعرِّضُ بينهما بكلامٍ مَخافةَ أنْ يسمعَها، فيدعوَ على قومي دعوةً لا يُفلحون بعدَها، فلم يزَلِ النَّبيُّ ﷺ حتّى فهِمَها، قال: ((قد قالوها ـ أو قال: قالها ـ والله لو فعلتُ لكان عليَّ وما كان عليهم، خلُّوا له عن جيرانه)).

أخرجه عبدُ الرَّزّاق في "المصنَّف" (١٨٨٩١) ـ وعنه أحمدُ ٢/٥، والطَّبرانيُّ في "الكبير" ١٩/(٩٩٦) و(٩٩٧)، والحاكم في "المستدرك" ١٢٥/١.

ورواه إسماعيلُ بن إبراهيمَ عن بَهْزِ بن حَكيمٍ عن أبيه عن جَدِّه ((أنَّ أباه أو عمَّه قامَ إلى النَّبيِّ ﷺ فقال: جيراني بِمَ أُخِذُوا؟ فأعرَضَ عنه ...)).

أخرجه أحمدُ ٢/٥، وأبو داودَ (٣٦٣١)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" ١٩/(٩٩٧)، وأبو الشَّيخ في "أخلاق النَّبيِّ"(٤١).

ورواه حمّادُ بن سَلَمةَ أخبرنا أبو قَزَعةَ سُويدُ بن حُجيرٍ الباهليُّ عن حَكيمِ بن معاويةَ عن أبيه ((أنَّ أخاه مالكاً قال: يا معاويةُ، إنَّ محمَّداً أخَذَ جيراني، فانطلِقْ إليه، فإنَّه قد عَرَفَك وكلَّمَك. قال: فانطلقتُ معه، فقال: دَعْ لي جيراني، فإنَّهم قد كانوا أسلَمُوا فأعرَضَ عنه، فقامَ مُمتعِضاً، فقال: أما والله لئن فعلتَ، إنَّ النّاس لَيَزعُمون أنَّك تأمُر بالأمر، وتخالفُ إلى غيره وجعلتُ أجُرُّه وهو يتكلَّم فقال رسولُ الله ﷺ: ((ما يقول؟)) فقالوا: إنَّك والله لئن فعلتَ ذلك، إنَّ النّاس لَيَزعُمون أنَّك لتأمُرُ بالأمر، وتخالفُ إلى غيره ....)). أخرجه أحمدُ ٤٤٧/٤، والحاكمُ ٦٤٢/٣.

وبَهْزُ بن حَكيم: قال ابنُ مَعين: ثقةٌ. وقال أيضاً: إسنادٌ صحيح، إذا كان دونَ بَهْزٍ ثقةٌ. وقال ابنُ المَدينيِّ والنَّسائيُّ والتِّرمذيُّ وابنُ الجارود: ثقةٌ. وقال أبو حاتم: شيخٌ يُكتَبُ حديثُه ولا يُحتَجُّ به، وقال أبو زُرعةَ: صالحٌ، ولكنْ ليس بالمشهور. وقال ابنُ عَدِيٍّ: روى عنه ثقاتُ النّاس كالزُّهريِّ روى عنه حديثين، ثمَّ قال: ولم أرَ له حديثاً مُنكَراً، وأرجو أنَّه إذا حدَّث عنه ثقةٌ فلا بأسَ بحديثه.

ورواه أبو مَعمرٍ إسماعيلُ بن إبراهيمَ وزيادُ بن أيُّوبَ ومحمَّدُ بن إسحاقَ البَلْخيُّ عن إبراهيمَ بن خُثيم حدَّثني أبي عن جَدِّي عِراك بن مالكٍ عن أبي هريرةَ ((أنَّ النَّبيَّ ﷺ حَبَس رجلاً في تُهْمةٍ يوماً وليلةً استظهاراً واحتياطاً)). وقال مرَّةً: ((أخَذَ مِن مُتَّهَمٍ كفيلاً تثبيتاً واحتياطاً)).

أخرجه البَزّار كما في "كشف الأستار" (١٣٦٠)، وأبو يَعْلى كما في " نصب الرّاية" ٣١٠/٣ ـ ٣١١ ، والعُقَيليُّ في "الضُّعفاء" ٥٢/١، وابنُ عَدِيٍّ في " الكامل" ٢٤٣/١، والحاكمُ في "المستدرك" ١٠٢/٤، وسكت الحاكم عنه، فتعقَّبه الذَّهبيُّ بقوله: إبراهيمُ بن خُثيم متروكٌ. وقال العُقَيليُّ: لا يُتابَعُ إبراهيمُ على هذا. قال البَزّار: لا نعلَمُه عن أبي هريرةَ إلاّ مِن هذا الوجه.=

= ورواه محمَّدُ بن موسى الحريريُّ عن إبراهيمَ بن خُثَيم بن عِراك بن مالكٍ عن أبيه عن جَدِّه عن أبي هريرةَ عن النَّبيِّ ﷺ ((أنَّه كفَّلَ في تُهَمةٍ)).

أخرجه العُقَيليُّ ١/٥٢، والبَزّار كما في "كشف الأستار" (١٣٦١)، ثمَّ قال: لا نعلَمُه بهذا اللَّفظِ إلاّ عن أبي هريرةَ مِن هذا الوجه، وإبراهيمُ ليس بالقويِّ، وقد حدَّثَ عنه جماعةٌ. وقال ابنُ عَدِيٍّ: مُتوسِّطٌ في الضُّعفاء. وقال النَّسائيُّ: متروكٌ. وقال أبو زُرعةَ: مُنكَرُ الحديث. وسأل التِّرمذيُّ في "علله الكبير" كما في "ترتيبه" (٢٣٩) محمَّداً البخاريَّ عنه فقال: قال يحيى بنُ مَعين: كان إبراهيمُ بن خُثَيم كأنَّه مجنون، وكان الصِّبيانُ يلعبون به، وضعَّفَه جداً. وأبوه لا بأسَ به، وجَدُّه عِراكٌ ثقةٌ فاضلٌ. قال ابنُ عَدِيٍّ: رواه يحيى بنُ سعيدٍ عن عِراك بن مالكٍ مُرسَلاً وموصولاً.

فرواه إبراهيمُ بن زكريّا العِجليُّ عن أبي بكر بن عَيّاش عن يحيى بن سعيدٍ عن أنسِ بن مالكٍ ((أنَّ النَّبيَّ ﷺ حبَسَ رجلاً في تُهْمةٍ)). أخرجه العُقَيليُّ ١/٥٣ ـ ٥٤، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ١/٢٥٦. قال العُقَيليُّ: إبراهيمُ بن زكريّا مجهولٌ، وحديثُه خطأٌ. وقال ابنُ عَدِيٍّ: وهذا الحديثُ لم يَقُلْه أحدٌ عن أبي بكر بن عَيّاش عن يحيى بن سعيدٍ عن أنسٍ إلاّ إبراهيمُ بن زكريّا هذا، وقد رأيتُ هذا الحديثَ مِن رواية هارونَ بنِ حاتمٍ المُقرئ الكوفيِّ عن أبي بكر بن عَيّاش هكذا، وإنَّما رواه أبو بكرٍ عن يحيى بن سعيدٍ عن عِراك بن مالكٍ فقال: إبراهيمُ بن زكريّا عن أنسِ بن مالكٍ، وقد قيل في هذه الرِّواية: عن عِراكٍ عن أبي هريرةَ مُرسَلاً.

ورواه أبو عُبيد القاسمُ عن أبي بكر بن عَيّاش عن يحيى بنِ سعيدٍ الأنصاريِّ عن عِراك بن مالكٍ قال: أقبَلَ نفرٌ مِن الأعراب معهم ظَهْرٌ لهم: فصبَّحَهم رجُلانِ فباتا معهم، فأصبح القومُ وقد فقَدُوا قرنين مِن إبلهم، فقَدِمُوا بالرَّجُلين على رسول الله ﷺ، فقال رسولُ الله ﷺ لأحد الرَّجُلين: اذهَبْ فاطلُبْ، وحبَسَ الآخرَ، فجيء بالقرنين، فقال رسولُ الله ﷺ لأحد الرَّجُلين: استغفر لي، فقال: غفرَ الله لك، فقال: وأنت غفرَ الله لك، وقتلك في سبيله)). أخرجه العُقَيليُّ ١/٥٤، ثمَّ قال: هذا الحديثُ علَّةٌ لحديث إبراهيمَ بنِ زكريّا، ولحديث إبراهيمَ بنِ خُثَيم بن عِراك قبلَه.

ورواه عبدُ الرَّزّاق (١٨٨٩٢) عن ابن جُريجٍ أخبرني يحيى بنُ سعيدٍ عن عِراك بن مالكٍ قال: ((أقبَلَ رجُلانِ مِن بني غِفارٍ حتّى نزلا مَنزلاً بضَجْنَان مِن مياه المدينة، وعندها ناسٌ مِن غَطَفان عندهم ظَهْرٌ لهم، فأصبح الغَطَفانيُّون قد أضلُّوا قرينتين مِن إبلهم، فاتَّهموا الغِفاريَّين، فأقبلوا بهما إلى النَّبيِّ ﷺ وذكروا له أمرَهم، فحبَسَ أحدَ الغِفاريَّين، وقال للآخَرُ: ((اذهَبْ فالتمِسْ))، فلم يكنْ إلاّ يسيراً حتّى جاء بهما، فقال النَّبيُّ ﷺ لأحد الغِفاريَّين ـ قال: حَسِبتُ أنَّه قال: المحبوسُ عنده: ((استغفر لي!)) ـ قال: غفرَ الله لك يا رسولَ الله، فقال رسولُ الله ﷺ: ((ولك، وقتلَكَ في سبيله)). قال: فقُتِلَ يومَ اليمامة.

وروى بقيَّةُ بن الوليد قال: حدَّثني صفوانُ بن عمرو قال: حدَّثني أزهرُ بن عبد الله الحَرَازيُّ عن النُّعمان بنِ بشيرٍ ((أنَّه رُفِعَ إليه نفرٌ مِن الكَلاعيِّين أنَّ حاكةً سرَقُوا مَتاعاً فحبَسَهم آياماً، ثمَّ خلَّى سبيلَهم، فأتَوه فقالوا: خلَّيتَ سبيلَ هؤلاء بلا امتحانٍ ولا ضربٍ!! فقال النُّعمانُ: ما شئتم، إنْ شئتم أضربُهم، فإنْ أخرَجَ اللهُ مَتاعَكم فذاك، وإلاّ أخذتُ مِن ظُهورِكم مِثلَه، قالوا: هذا حُكمُكَ! قال: هذا حُكمُ الله عزَّ وجلَّ ورسولِه ﷺ)).

أخرجه النَّسائيُّ في "المجتبى" ٨/٦٦، و"الكبرى" (٧٣٦١) في قَطْعِ السّارق ـ باب امتحان السّارق بالضَّرب والحَبْس. قال أبو عبد الرَّحمن: هذا حديثٌ مُنكَرٌ لا يُحتَجُّ به. أخرجتُه ليُعرَفَ القِصاصُ.

وروى سفيانُ عن محمَّدِ بن إسحاقَ عن أبي جعفرٍ أنَّ عليّاً قال: ((إنَّما الحَبْسُ حتّى يتبيَّنَ للإمام، فما حبَسَ بعدَ ذلك فهو جَوْرٌ)). أخرجه البيهقيُّ ٦/٥٣.

وأحدَثَ السِّجْنَ "عليٌّ" رضي الله تعالى عنه، بَناهُ(١) مِن قَصَبٍ، و(٢)سَـمّاهُ نافِعـاً، فنَقَبَـهُ اللُّصُوصُ، ....

[٢٦١٠٥] (قولُهُ: وأحدَثَ السِّجْنَ "عليٌّ") أي: أحدَثَ بناءَ سَجْنٍ خاصٍّ، فلا يُنافي مـا قـالوا أيضاً مِن أنَّه لم يكن في عَهْدِهِ ﷺ و"أبي بكر" سِجْنٌ(٣)، إنما كان(٤) يُحبَسُ في المسجدِ أو الدِّهْليزِ حتّى اشتَرَى "عمرُ" رضي الله تعالى عنه داراً بمكَّةَ بأربعةِ آلافِ درهمٍ واتَّخذَهُ مَحْبَساً(٥).

(١) في "و": ((وبناه)).

(٢) الواو ليست في "د" و"و".

(٣) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الحادي والثلاثون في الحبس في الدين ٣٤٤/٢، ولكن فيه: ((إلا أنَّ في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سِجْنٌ، وكان يحبس في المسجد أو في الدِّهْليز حيث أمكن، ولما كان زمنُ عليٍّ رضي الله عنه أحدث السجن فكان أوَّلَ من أحدث السجن في الإسلام وسمّى السِّجْن نافعاً، ولم يكن حَصيناً، فانفلت الناس منه، ثم بنى سجنا آخر سمّاه مُخَيِّساً)).

ومما يدل عليه: أنَّ رسولُ الله ﷺ ربَطَ ثُمامةَ في المسجد. وتقدَّمَ تخريجُه في المقولة [١٩٦٣٣].

وربَطَ العُرَنِيِّين بالحَرَّة وسمَلَ أعينَهم. وتقدَّمَ تخريجُه في المقولة [١٩٥٦٤].

وفي حديث أيُّوبَ وغيرِه عن أبي قِلابةَ عن أبي المُهلَّب عن عِمرانَ بن حُصَين قال: ((أسَرَ أصحابُ رسول الله ﷺ رجُلاً مِن بني عُقَيل وتركوه في الحَرَّة))، وفي روايةٍ: ((فأوثَقُوه وطرَحُوه في الحَرَّة، فمرَّ به رسولُ الله ﷺ ونحن معه ...)).

أخرجه مسلمٌ (١٦٤١)، وأبو داودَ (٣٣١٦)، والدّارميُّ (٢٥٠٥)، وأبو عَوانةَ (٥٨٤٤) و(٥٨٤٥) (٥٨٤٨)، وابنُ الجارود في "المنتقى" (٩٣٣)، وغيرُهم.

(٤) ((كان)) ليست في "الأصل".

(٥) علّقه البخاريُّ في "الصَّحيح" في الخصومات ـ باب الرَّبط والحَبْس في الحَرَم، فقال: واشتَرَى نافعُ بن عبد الحارث داراً للسِّجن بمكَّةَ مِن صفوانَ بن أُمَيَّة، على إنْ رَضِيَ عمرُ فالبيعُ بيعُه، وإنْ لم يَرْضَ عمرُ فلِصفوانَ أربعمائة دينار.

وروى سفيانُ بن عُيينةَ عن عمرو بن دينار عن عبد الرَّحمن بن فَروخ مولَى نافع بن عبد الحارث قال: ((إنَّ نافعَ بن عبد الحارث اشتَرَى لعمرَ مِن صفوانَ بنِ أُمَيَّةَ دارَ السِّجن بأربعةِ آلافٍ، فإنْ رضي عمرُ رضي الله عنه فالبيعُ جائزٌ، وإلاّ فلِصفوانَ أربعمائة درهم)).

وقال ابنُ عُيينةَ: فهو سجنُ النّاس اليومَ بمكَّةَ. زادَ الأزرَقيُّ: وهي دارُ أُمِّ وائلٍ.

أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ في "المصنَّف" ٣٩٢/٥، والأزرَقيُّ في "أخبار مكّة" ١٦٥/١، والفاكهيُّ في "تاريخ مكّة" (٢٠٧٦)، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٣٤/٦، والمِزِّيُّ في "تهذيب الكمال" ٣٤٣/١٧، وابنُ حَجَر في "تغليق التَّعليق" ٣٢٦/٣.

قال البيهقيُّ: ويُذكَرُ عن عمرو بن دينار أنَّه سئل عن كِراء بُيوتِ مكَّةَ فقال: لا بأسَ مثلُ الشِّراء قد اشتَرَى عمرُ بن الخطّاب رضي الله عنه مِن صفوانَ بنِ أُمَيَّةَ داراً بأربعة آلاف درهم.

قال ابنُ حَجَرٍ: ورواه عبدُ الرَّزّاق عن مَعمرٍ وابنِ عُيينةَ وابنِ جُريجٍ، ثلاثتُهم عن عمرٍو. ـ

فبَنَى غيرَهُ مِن مَدَرٍ، وسَمّاهُ مُخيَّساً بفتح الياء وتُكسَرُ: مَوضِعُ التَّخْييسِ، وهو التَّذْليلُ،

[٢٦١٠٦] (قولُهُ: مِن مَدَرٍ) بالتَّحريكِ: قِطَعُ الطِّينِ اليابسِ والحجارةُ كما في "القاموس"(1).

[٢٦١٠٧] (قولُهُ: بفتح الياء) أي: المثنّاة التَّحتيَّـة مُشـدَّدةً، والعَجَـبُ مِمّـا في "البحـرِ"(2) و"النَّهرِ"(3) و"المنحِ"(4) مِن ضبطِهِ بالتّـاءِ المثنّـاة الفوقيَّـةِ، وقـد ذكـرَهُ في "القـاموس"(5) في الأجـوفِ اليائيِّ فقال: ((المُخَيَّسُ كمُعظَّمٍ: السِّجْنُ، وسِجْنٌ بَناهُ "عليٌّ" رضي الله تعالى عنه)).

= وروى عبدُ الرَّزّاق في "المصنَّف" (٩٢١٣) عن ابن جُريجٍ قال: أخبرني حُجير عن طاوسٍ قال: الله يعلمه أنّي سألتُه عن مَسكنٍ لي، فقال: كُلْ كِراءَه، قال ابنُ جُريجٍ: ولا يَرى به عمرُو بن دينار بأساً، قال: ((وكيف يكونُ به بأسٌ والرُّبعُ يُباعُ فيؤكَلُ ثَمَنُـه؟ وقد ابتـاعَ عمرُ بـن الخطّـاب دارَ السِّجن بأربعة آلاف دينـار، [أي: عمـرو] عـن عبد الرَّحمن بن فَروخ [وقال الثَّوريُّ: عن أبيه] عن نافعٍ بن عبد الحارث ((اشتَرَى مِن صفـوانَ بـنِ أُمَيَّـةَ دارَ السِّجن بثلاثة آلاف، فإنْ عمرُ رضي فالبيعُ بيعُه، وإنْ عمرُ لم يَرْضَ بالبيعِ فلِصفوانَ أربعمائة درهم، فأخَذَها عمرُ)).

ومِن طريقه أخرجه الخطّابيُّ في "غريب الحديث" ٧٦/٢.

وروى سعيدُ بن سالمٍ عن ابن جُريجٍ أخبرني هشامُ بن حُجير عن طاوس قال: ((الله يعلَمُ أنّي سألتُه عـن مَسكنٍ لي، فقال: كُلْ كِراه، يعني: مكّةَ. قال ابنُ جُريجٍ: وكان عمرُو بن دينار لا يَرى به بأساً، قال: وكيـف يكـونُ بـه بـأسٌ والرُّبعُ يُباعُ ويؤكلُ ثَمَنُه؟ وقد ابتاعَ عمرُ رضي الله عنه دارَ السِّجن بأربعة آلاف درهم وأعربـوا فيهـا أربعمائـة. عمـرٌو القائلُ)). أخرجه الأزرَقيُّ في "أخبار مكّة" ١٦٥/١.

وروى سعيدُ بن عبد الرَّحمن ومحمَّدُ بن يحيى أبو غسّانَ الكِنَانيُّ عن هشامِ بن سليمانَ عن ابن جُريجٍ قـال: وكـان عمرُو بن دينار لايَرى به بأساً، ويقول: كيف يكونُ به بأسٌ والرُّبعُ يُباعُ فيؤكلُ ثَمَنُه؟! ((وقد ابتـاعَ عمـرُ بـن الخطّـاب رضي الله عنه دارَ السِّجن بأربعة آلاف، وأعرَبَ فيها أربعمائة درهم)). قال ابنُ جُريجٍ: وأخبرني ابنُ حُجير عن طاوسٍ قال: اللهُ يعلَمُ أنّي سألتُه عن مَسكنٍ لي، فقال لي: كُلْ كِراه)).

أخرجه الفاكهيُّ في "أخبار مكّة" (٢٠٨٣)، وعمرُ بن شَبّةَ في كتاب "مكّة" كما في "الفتح" ٩٥/٥.

قال ابنُ حَجَرٍ: لكنْ قال بدَلَ أربعمائة: خمسمائة، وزادَ في آخِره: وهو الذي يُقال له: سجنُ عارمٍ.

(1) "القاموس": مادة ((مدر)) بتصرف.

(2) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣٠٨/٦.

(3) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/أ.

(4) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٥/ب.

(5) "القاموس": مادة ((خيس))، وعبارته: ((كمُعظَّم ومحدِّث))، فذكر الوجهين.

وفيه يقولُ عليٌّ رضي الله عنه[1]:

ألا تَرانــي كَيِّســاً مُكَيِّســا بَنَيْــتُ بعــدَ نــافِعٍ مُخَيَّســا

حِصْناً حَصِيناً وأَمِينــاً كَيِّســا

[٢٦١٠٨] (قولُهُ: كَيِّساً) قال في "المصباح"[2]: ((الكَيْسُ وِزانُ فَلْسٍ: الظَّرْفُ والفِطْنةُ، وقال "ابنُ الأعرابيِّ": العَقْلُ، ويقالُ: إنَّه مُخفَّفٌ مِن: كيِّسٍ مثلَ هَيْنٍ وهَيِّنٍ، والأوَّلُ أصحُّ؛ لأنَّه مصدرٌ مِن: كاسَ كَيْساً مِن بابِ: باعَ، وأمّا المُثقَّلُ فاسمُ فاعلٍ، والجمعُ أَكْياسٌ مثل: جيِّدٍ وأَجْيادٍ)) اهـ. وفي "الفتح"[3]: ((الكَيْسُ ـ أي: مُخفَّفاً ـ حُسْنُ التَّأَنِّي في الأُمورِ، والكَيِّسُ[4]: المنسوبُ إليه الكَيْسُ)) اهـ.

[٢٦١٠٩] (قولُهُ: وأَمِيناً) أرادَ به السَّجّانَ الذي نصَبَهُ فيه، "فتح"[5]. وعليه فعطفُهُ على ما قبلَهُ نظيرُ:

عَلَفْتُها تِبْناً وماءً بارِداً ....

فيُرادُ بقولِهِ: ((بَنَيْتُ)) اتَّخَذْتُ، [٣/ق٢٠٤/ب] وما قيل مِن أنَّه يصحُّ كونُهُ وصفاً لـ((مُخَيَّساً)) كالذي قبلَهُ لا يُناسِبُهُ قولُهُ[6]: ((كَيِّساً))، فافهم.

---

(١) ذكر ابنُ أبي شَيبةَ ١٧٥/٦ عن يحيى بنِ عُبيدٍ عن أبي حيّانَ عن مجمِّع قال: ((بنَى عليٌّ سِجناً، فسمّاه نافعاً، ثمَّ بدا له فكسَرَه، وبنَى أحصَنَ مِنه، ثمَّ قال بيتَ شِعر:

ألم ترَ كَيِّساً مُكَيِّسا بنَيتُ بعدَ نافعٍ مُخَيَّسا

نقول: كذا في مصنف ابن أبي شيبة، ولا يخفى أنَّ وزنه مكسور، وصوابه: ((ألم تراني)).

وجاءت الأبيات في "شفاء الغليل فيما في كلام العرب من الدخيل" صـ١٥٣ـ:

نَزَلتُ بعدَ نافعٍ مُخَيَّسا باباً شديداً وأميناً كَيِّسا

ألا تَراني كَيِّساً مُكَيِّسا

(٢) "المصباح": مادة ((كيس)).

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣٧٥/٦ بتوضيح من ابن عابدين.

(٤) عبارة "الفتح": ((والمكيس)).

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣٧٥/٦.

(٦) في "م": ((قول)).

(صِفتُهُ: أنْ يكونَ بموضعٍ ليس به فِراشٌ ولا وِطاءٌ) ليَضجَرَ فيُوفِّيَ، ومُفادُهُ: أنَّـه لـو جِيْءَ له به مُنِعَ مِنه، (ولا يُمَكَّـنُ أحـدٌ أنْ يَدخُـلَ عليـه للاستئناسِ إلاّ أقاربَـهُ وجيرانَهُ)؛ لاحتياجِهِ للمُشاوَرَةِ، (ولا يَمكُثُونَ عندَهُ طويلاً)، ومُفادُهُ: أنَّ زوجتَهُ لا تُحبَسُ معه لو هي الحابِسةَ له، وهو الظّاهرُ. ....

[٢٦١١٠] (قولُهُ: صِفتُهُ) الضَّميرُ للحَبْسِ بالمعنى المصدريِّ، فلذا قال: ((أنْ يكونَ بموضعٍ))، أي: في موضعٍ، فافهم.

[٢٦١١١] (قولُهُ: ولا وِطاءٌ) علـى وَزْنِ كتـابٍ: المِهـادُ الوَطِـيْءُ، "مصبـاح"[١]. وفيـه[٢]: ((والمَهْدُ والمِهادُ: الفِراشُ))، وفي "القاموس"[٣] عن "الكسائيِّ"[٤]: ((أنَّ الوِطاءَ خِلافُ الغِطاء)).

قلتُ: فإنْ أُريدَ به المِهادُ الوَطِيْءُ ـ أي: اللَّيِّنُ السَّهْلُ ـ فهو أخصُّ مِمّا قبلَهُ، وكـذا إنْ أُريـدَ به ما يُنامُ عليه، وهو خِلافُ الغِطاء.

[٢٦١١٢] (قولُهُ: ومُفادُهُ) أي: مُفادُ قولِهِ: ((لِيَضجَرَ)).

[٢٦١١٣] (قولُهُ: ولا يُمَكَّنُ) بالبناءِ للمجهولِ مع التَّشديد.

[٢٦١١٤] (قولُهُ: ولا يَمكُثُونَ عندَهُ طويلاً) أي: بحيث يَحصُلُ له[٥] الاستئناسُ بهم، بل بقَدْرِ ما يَحصُلُ به المقصودُ مِن المُشاوَرَة. ٣١٣/٤

مطلبٌ: لا تُحبَسُ زوجتُهُ معه لو حَبَسَتْهُ

[٢٦١١٥] (قولُهُ: ومُفادُهُ) أي: مُفادُ قولِهِ: ((للاستئناسِ))، وفي "النَّهر"[٦]: ((وإذا احتاجَ

---

(١) "المصباح": مادة ((وطئ)).

(٢) "المصباح": مادة ((مهد)).

(٣) "القاموس": مادة ((وطئ)).

(٤) هو أبو الحسن علي بن حمزة بن عبد الله الكسائي الكوفي (ت١٨٩هـ) إمام في اللغة والنحو والقراءة، وأحد القراء السبعة ("تاريخ بغداد" ٤٠٣/١١، "وفيات الأعيان" ٢٩٥/٣).

(٥) ((له)) ليست في "الأصل" و"آ".

(٦) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/أ.

وفي "الملتقى"[١]: ((يُمكَّنُ مِن وَطْءِ جاريتِهِ لو فيه خَلْوةٌ)). ....

للجماعِ دَخَلَتْ عليه زوجتُهُ أو أَمتُهُ إنْ كان فيه موضعُ سُترةٍ، وفيه دليلٌ على أنَّ زوجتَهُ لا تُحبَسُ معه لو كانَتْ هي الحابسةَ له، وهو الظّاهرُ)) اهـ.

وأنت خبيرٌ بأنَّ الاستدلالَ على المسألةِ بما قالَهُ "الشّارحُ" أَولى مِمّا في "النَّهر"؛ لأنَّ عدمَ دخولِ أحدٍ عليه للاستئناسِ أصرحُ بعدمِ حَبْسِها معه؛ إذ في حَبْسِها معه غايةُ الاستئناسِ له مع كونِ المقصودِ مِن ذلك الضَّجَرَ ليُوفِّيَ دَيْنَهُ، وإذا كانَتْ هي الحابسةَ له وقلنا بجوازِ حَبْسِها معه لا يحصلُ المقصودُ، بل يحصلُ ضِدُّهُ وهو ضَجَرُها لتُخرِجَهُ مِن الحَبْسِ حتّى تَخرُجَ معه، ففي ذلك أيضاً دليلٌ على أنّها لا تُحبَسُ معه لو هي الحابسةَ، وليس فيما قالَهُ في "النَّهر" ما يدلُّ على ذلك أيضاً، فلذا عدَلَ "الشّارحُ" عن كلامِ "النَّهر". فقد ظهَرَ أنَّه ليس في عُدُولِهِ عنه خَلَلٌ، بل الخَلَلُ في متابعتِهِ له، فافهم.

ثمَّ إنَّ الظّاهرَ أنَّ المقصودَ بهذا الرَّدُّ على مَن قال: إنَّها تُحبَسُ معه، وفي "البحر"[٢] عن "الخلاصة"[٣]: ((فإذا حَبَسَتِ المرأةُ زوجَها لا تُحبَسُ معه))، وفيه[٤] عن "البزّازيَّة"[٥] وغيرِها: ((إذا خِيْفَ عليها الفسادُ استحسَنَ المتأخِّرون أنْ تُحبَسَ معه)) اهـ.

وحاصلُهُ: أنَّها إذا حَبَسَتْهُ وكانَتْ مِن أهلِ الفسادِ ويُخشَى عليها فِعْلُ ذلك إذا لم يكن مُراقِباً لها يكونُ مَظِنَّةَ أنَّ حَبْسَها له لأَجْلِ ذلك لا لمجرَّدِ استيفاءِ حَقِّها مِنه، فله حَبْسُها معه، أمّا إذا لم تكنْ كذلك فلا وجهَ لِحَبْسِها معه، وهذا مَحْمَلُ ما في "الخلاصة".

[٢٦١١٦] (قولُهُ: مِن وَطْءِ جاريتِهِ) وكذا زوجتُهُ كما مَرَّ[٦]، وقيل: يُمنَعُ مِن ذلك؛ لأنَّ الوَطْءَ ليس مِن الحوائجِ الأصليَّة، "فتح"[٧].

---

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء ـ فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي إلخ ٧٣/٢.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣٠٩/٦.

(٣) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل التاسع في الحبس ق٢٠٩/أ.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣٠٩/٦، ونقله أيضاً عن "مآل الفتاوى" و"خزانة الفتاوى"، وما نقله ابن عابدين عن "البزازية" هو ـ كما في "البحر" ـ عبارة "مآل الفتاوى".

(٥) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس، وفيه أربعة أنواع ٢٣٥/٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في المقولة السابقة.

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣٧٥/٦.

(ولا يَخرُجُ لجمعةٍ ولا جماعةٍ ولا لِحَجٍّ فَرْضٍ) فغيرُهُ أولى (ولا لحُضُورِ جنازةٍ ولو) كان (بكفيلٍ)، "زيلعي"[1]. وفي "الخلاصة": ((يَخرُجُ بكفيلٍ لجنازةِ أُصُولِهِ وفُرُوعِهِ لا غيرِهم، وعليه الفَتْوى)). ....

[٢٦١١٧] (قولُهُ: وفي "الخلاصة"[2]: يَخرُجُ بكفيلٍ) هذا هو الصَّوابُ في نَقْلِ عبارةِ "الخلاصة"، ونقَلَ عنها في "البحر"[3]: ((يَخرُجُ الكفيلُ))، فكأنَّه سَقَطَتِ الباءُ مِن نُسختِهِ كما نَبَّهَ عليه في "النَّهر"[4]، وكذا "الرَّمليُّ"، وقال أيضاً: ((والعَجَبُ أنَّ "البزّازيَّ" وقَعَ في ذلك فقال[5]: وذكَرَ "القاضي": أنَّ الكفيلَ يَخرُجُ لجنازةِ الوالدَيْنِ إلخ، والذي في "فتاوى القاضي" ـ يعني: "قاضي خان"[6] ـ: يَخرُجُ بالكفيلِ)).

[٢٦١١٨] (قولُهُ: وعليه الفَتْوى) قال في "الفتح"[7]: ((وفيه نظرٌ؛ لأنَّه إبطالُ حَقِّ آدميٍّ بلا مُوجِبٍ، نعمْ إذا لم يكن له مَن يَقُومُ بحُقُوقِ دَفْنِهِ فعَلَ ذلك، وسُئل "محمَّدٌ" عمّا إذا ماتَ والداه أيَخرُجُ؟ فقال: لا)) اهـ.

وحاصلُهُ: أنَّ ما في "الخلاصة" مخالفٌ لنَصِّ "محمَّدٍ" رحمه الله تعالى، قال في "البحر"[8]: ((وقد يُدفَعُ بأنَّ نَصَّ "محمَّدٍ" في المديونِ أصالةً والكلامُ في الكفيل[9])) اهـ.

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨٢/٤.

(٢) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل التاسع في الحبس ق٢٠٩/أ، وعبارتها في نسختنا: ((يخرج الكفيل بجنازة إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣٠٨/٦، وعبارته في مطبوعتنا:((يخرج بكفيلٍ)) فقد وقعت على الصواب الذي ذكره ابن عابدين رحمه الله.

(٤) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/أ.

(٥) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس، وفيه أربعة أنواع ٢٢٤/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٣٧٤/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣٧٥/٦ باختصار.

(٨) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣٠٨/٦.

(٩) في "الأصل": ((والكلامُ في الكلام))، وهو تحريف.

(ولو مَرِضَ مَرَضاً أَضْناهُ ولم يَجِدْ مَن يَخدُمُهُ يَخرُجُ بكفيلٍ، وإلاّ لا)، به يُفتَى، ولا يَخرُجُ لِمُعالجةٍ وكسبٍ، قيل: ولا يَتَكسَّبُ فيه،........................

وهذا بناءً على ما وقَعَ له في نسخةِ "الخلاصةِ" مِن التَّحريفِ، على أنَّه لا يَظهَرُ الفَرْقُ بينَ المديونِ وكفيلِهِ كما قالَهُ "المصنِّفُ" في "المنح"[1].

[٢٦١١٩] (قولُهُ: يَخرُجُ بكفيلٍ) قال في "الفتح"[2]: ((وإنْ لم يكن له خادمٌ يَخرُجُ؛ لأنَّه قد يموتُ بسببِ عدمِ المُمرِّضِ، ولا يجوزُ أنْ يكونَ الدَّيْنُ مُفضِياً للتَّسبُّبِ في هلاكِهِ)) اهـ. ومُقتضى التَّعليلِ أنَّه لو لم يَجِدْ كفيلاً يَخرُجُ، لكنْ في "المنح"[3] عن "الخلاصة"[4]: ((فإنْ لم يَجِدْ كفيلاً لا يُطلِقُهُ))، تأمَّلْ.

[٢٦١٢٠] (قولُهُ: وإلاّ لا) أي: وإنْ وجَدَ مَن يَخدُمُهُ لا يَخرُجُ، هكذا رُوِيَ عن "محمَّدٍ"، هذا[5] إذا كان الغالبُ هو الهلاكَ، وعن "أبي يوسف": لا يُخرِجُهُ، والهلاكُ في السِّجْنِ وغيرِهِ سواءٌ، والفَتْوى على روايةِ "محمَّدٍ"، [٣/ق٢٠٥/أ] "منح"[6] عن "الخلاصة"[7].

[٢٦١٢١] (قولُهُ: لِمُعالجةٍ) أي: لِمُداواةِ مَرَضِهِ؛ لإمكانِ ذلك في السِّجْنِ.

[٢٦١٢٢] (قولُهُ: قيل: ولا يَتَكسَّبُ فيه) كذا في بعضِ النُّسَخِ، وفي أكثرِها[8]: ((بل لا يَتَكسَّبُ فيه))، وهي الصَّوابُ؛ لأنَّ التَّعبيرَ بـ((قيل)) يُفيدُ الضَّعْفَ، وقد صرَّحَ في "البحر"[9] وغيرِهِ: ((بأنَّ الأصحَّ المَنْعُ)).

---

(١) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٥/ب.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٦/٣٧٥.

(٣) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٥/ب.

(٤) "الخلاصة": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ق٢٠٩/ب.

(٥) ((هذا)) ليست في "الأصل".

(٦) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٥/ب.

(٧) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل التاسع في الحبس ق٢٠٩/ب.

(٨) كما في نسخة "و".

(٩) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣٠٨.

ولو له دُيونٌ أُخْرِجَ[١] لِيُخاصِمَ ثمَّ يُحبَسُ، "خانيَّة"[٢]. (ولا يُضرَبُ) المحبوسُ إلاّ في ثلاثٍ: إذا امتنَعَ عن كفّارةِ الظِّهارِ،........................

وفي "شرحِ أدبِ القضاء"[٣] عن "السَّرَخسيِّ"[٤]: ((أنَّه الصَّحيحُ من المذهبِ؛ لأنَّ الحَبْسَ مشروعٌ لِيَضجَرَ، ومتى تَمكَّنَ مِن الاكتسابِ لا يَضجَرُ، فيكونُ السِّجْنُ له بمنزلةِ الحانوت)).

[٢٦١٢٣] (قولُهُ: ولو له دُيونٌ أُخرِجَ[٥] لِيُخاصِمَ ثمَّ يُحبَسُ) فيه إشارةٌ إلى أنَّه إذا ادَّعَى عليه آخرُ بدَيْنٍ يُخرَجُ لسماعِ الدَّعْوى، فإنْ أثبَتَهُ بالوجهِ الشَّرْعيِّ أُعِيدَ في الحَبْسِ لأَجْلِهما، "سائحانيّ" عن "الهنديَّة"[٦].

[٢٦١٢٤] (قولُهُ: إذا امتَنَعَ عن كفّارةٍ) لأنَّ حَقَّ المرأةِ في الجِماعِ يَفُوتُ بالتَّأخيرِ، "أشباه"[٧]. واعتَرَضَهُ "الحَمَويُّ"[٨]: ((بأنَّ حَقَّها فيه قضاءً في العُمرِ مرَّةٌ واحدةٌ)) اهـ.

قلتُ: هذه المرَّةُ لأَجْلِ انتِفاءِ العِنَّةِ والتَّفريقِ بها، وإلاّ فلها حَقٌّ في الوطءِ بعدَها، ولذا

﴿فصلٌ في الحَبْس﴾

(قولُهُ: قلتُ: هذه المرَّةُ لأَجْلِ انتِفاءِ العِنَّةِ إلخ) الحَقُّ في الجوابِ أنْ يُقالَ: إنَّ القَسْمَ عبارةٌ عن التَّسويةِ في البَيْتُوتةِ والكلامِ والنَّظَرِ لا في الجِماعِ، وبهذا يَرتفِعُ التَّنافي؛ إذ ما زادَ فيه على مرَّةٍ حَقُّها فيه ديانةً، ولا يُجبِرُهُ القاضي عليه، هذا ما يقال في الجوابِ عن مسألةِ القَسْمِ. وأجابَ في الظِّهارِ عن مسألةِ الكفّارةِ: ((بأنَّ الظِّهارَ معصيةٌ حامِلةٌ له على الامتناعِ مِن حَقِّها الواجبِ عليه ديانةً، فيأمرُهُ برَفْعِها لتَحِلَّ له)).

---

(١) في "ب" و"و" و"ط": ((خَرَجَ))، وما أثبتناه من "د" هو الموافق لأكثر نسخ الحاشية.

(٢) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٣٧٤/٢ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السابع والثلاثون في الملازمة ٧٢/٣ باختصار.

(٤) **نقول**: في "المبسوط" ٩٠/٢٠ طرفٌ من المسألة، ولعلَّ المسألة بتمامها في شرح السرخسي على "أدب القاضي".

(٥) في "م": ((خَرَجَ))، وهي موافقة لبعض نسخ "الدر".

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب السادس والعشرون في الحبس والملازمة ٤١٤/٣ بتصرف.

(٧) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القاضي والشهادات والدعاوي صـ٢٥٨ـ.

(٨) "غمز عيون البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ٣١٦/٢.

والإنفاقِ على قَرِيبِهِ، والقَسْمِ بينَ نسائِهِ بعدَ وَعْظِهِ، والضّابطُ: ما يَفُوتُ بالتّأخيرِ لا إلى خَلَفٍ، "أشباه"[(١)]. ....

حَرُمَ الإيلاءُ مِنها، ويُفرَّقُ بينَهما بمُضِيِّ مُدَّتِهِ؛ لأنّه امتناعٌ بسببٍ محظورٍ، وكذا في الظِّهارِ؛ لأنّه مُنكَرٌ مِن القولِ، فلذا ظهَرَ فيه المُطالَبةُ بالعَوْدِ إليها، ويُضرَبُ عندَ الامتناعِ وإنْ كان لا يُضرَبُ عند الامتناعِ عنها بغيرِ سببٍ، تأمَّلْ.

[٢٦١٢٥] (قولُهُ: والإنفاقِ على قَرِيبِهِ) بالجرِّ عطفاً على ((كفّارةٍ))، وكذا قولُهُ: ((والقَسْمِ)) كما هو ظاهرٌ، فافهم.

وهذا مخالفٌ لِما قَدَّمَهُ[(٢)] في النَّفَقةِ: ((مِن أنّه إذا امتَنَعَ مِن الإنفاقِ على القَرِيبِ يُضرَبُ ولا يُحبَسُ))، ومثلُهُ في القَسْمِ كما مَرَّ[(٣)] في بابِهِ، لكنْ قدَّمنا[(٤)] في آخرِ النَّفَقةِ: أنّه تابَعَ "البحرَ" في نَقْلِ ذلك عن "البدائع"، وأنَّ الذي في "البدائع"[(٥)]: ((أنّه يُحبَسُ سواءٌ كان أباً أو غيرَهُ، بخلافِ المُمتنِعِ مِن القَسْمِ[(٦)]، فإنّه يُضرَبُ ولا يُحبَسُ))، وهو الموافقُ لِما سيَذكرُهُ "المصنِّفُ"[(٧)] متناً. وذكَرَ في "البحر"[(٨)]: ((أنّهم صرَّحُوا بأنّه لو امتَنَعَ مِن التّكفيرِ مع قُدرتِهِ يُضرَبُ، وكذا لو امتَنَعَ مِن الإنفاقِ على قَرِيبِهِ، بخلافِ سائرِ الدُّيُونِ)) اهـ.

٣١٤/٤ [٢٦١٢٦] (قولُهُ: والضّابطُ) أي: لِما يُضرَبُ فيه المحبوسُ، فإنّه بالامتناعِ عمّا ذُكِرَ يَفُوتُ الواجبُ لا إلى خَلَفٍ، فإنَّ نَفَقةَ القَرِيبِ تَسقُطُ بالمُضِيِّ ولو مَقْضِيّاً بها أو مُتَراضًى عليها، وكذا الوَطْءُ والقَسْمُ يَفُوتانِ بالمُضِيِّ.

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٥٨ـ.

(٢) ٦٧١/١٠ "در".

(٣) المقولة [١٢٧١٩] قوله: ((عُزِّرَ بغيرِ حبسٍ)).

(٤) المقولة [١٦٣٧٤] قوله: ((وفي "البدائِع" إلخ)).

(٥) "البدائع": كتاب النفقة ـ فصل في بيان كيفية وجوبها ٣٨/٤ بتصرف.

(٦) عبارة "البدائع": ((إنّ الممتنع من النفقة)).

(٧) صـ٤٠٢ـ "در".

(٨) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣٠٨/٦ باختصار.

قلتُ: ويُزادُ ما في "الوهبانيَّة"[(١)]: [طويل]

وإنْ فَرَّ يُضـرَبْ دُونَ قَيْـدٍ تأدُّبـاً وتَطْيِنُ بابِ الحَبْسِ في العَنْتِ يُذكَرُ

(ولا يُغَلُّ) إلاّ إذا خافَ فِرارَهُ، فيُقيَّدُ أو يُحوَّلُ لسِجْنِ[(٢)] اللُّصُوص، وهل يُطيَّنُ البابُ؟ الرَّأيُ فيـه للقـاضي، "بزّازيَّـة"[(٣)]. (ولا يُجـرَّدُ، ولا يُؤاجَـرُ[(٤)]) وعـن "الثّـاني": يُؤجَّـرُهُ لقضاءِ دَيْنِهِ. (ولا يُقامُ بينَ يَدَيْ صاحبِ الحقِّ إهانةً) له، ولو كان ببلدٍ لا قاضيَ فيها

[٢٦١٢٧] (قولُهُ: ما في "الوهبانيَّة") الشَّطرُ الثّاني لـ"شارحِها"[(٥)]، غيَّرَ فيه نَظْمَ الأصلِ.

[٢٦١٢٨] (قولُهُ: وإنْ فَرَّ) أي: مِن الحَبْسِ.

[٢٦١٢٩] (قولُهُ: في العَنْتِ يُذكَرُ) أي: إذا كان مُتعنِّتاً لا يُؤدِّي المالَ قيـل: يُطيَّـنُ عليـه البـابُ ويُترَكُ له ثُقْبةٌ يُلقى له الخُبْزُ والماءُ، وقيل: الرَّأيُ فيه للقاضي، وهو ما يَذكرُهُ قريباً عن "البزّازيَّة".

[٢٦١٣٠] (قولُهُ: ولا يُغَلُّ) أي: لا يُوضَعُ له الغُلُّ بالضَّمِّ، وهو طَوْقٌ مِن حديدٍ يُوضَعُ في العُنُقِ، جمعُهُ: أَغْلالٌ كقُفْلٍ وأَقْفالٍ، "مصباح"[(٦)]. وأمّا القَيْدُ فما يُوضَعُ في الرِّجْلِ.

[٢٦١٣١] (قولُهُ: ولا يُجرَّدُ) أي: مِن ثيابِهِ في الحَبْس.

[٢٦١٣٢] (قولُهُ: وعن "الثّاني") عبارةُ "النَّهر"[(٧)]: ((ولا يُؤجَّرُ خلافاً لِما عن "الثّاني")).

[٢٦١٣٣] (قولُهُ: لا قاضيَ فيها) بأنْ ماتَ أو عُزِلَ، "منح"[(٨)] عن "الجواهر"[(٩)].

---

(١) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب أدب القاضي صـ٥٥ـ (هامش "المنظومة المحبية").

(٢) في "و": ((إلى سجن)).

(٣) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر: في الحبس، وفيه أربعة أنواع ٢٢٥/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) في "د": ((ولا يؤجَّر)).

(٥) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ٢٩٢/١.

(٦) "المصباح": مادة ((غلل)).

(٧) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/أ بتصرف.

(٨) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٦/أ.

(٩) أي: "جواهر الفتاوى" كما سيأتي في "الدُّر".

لازَمَهُ ليلاً ونهاراً حتّى يأخذَ حَقَّهُ، "جواهر الفتاوى". (وتعيينُ[١] مكانِهِ) أي: مكانِ[٢] الحَبْسِ عندَ عدمِ إرادةِ صاحبِ الحَقِّ (للقاضي، إلاّ إذا طلَبَ المُدَّعي مكاناً آخرَ) فيُجيبُهُ لذلك، "قنية". وأفتى "المصنِّفُ" تبعاً لـ"قارئ الهداية"[٣]: ((بأنَّ العبرةَ في ذلك لصاحبِ الحَقِّ لا للقاضي)) اهـ. وفي "النَّهر"[٤]: ((ينبغي أنْ لا يُجابَ لو طلَبَ حَبْسَهُ في مكانِ اللُّصُوصِ ونحوِهِ)).

(فرعٌ)

في "البحر"[٥] عن "المحيط": ((ويُجعَلُ للنِّساءِ سِجْنٌ على حِدَةٍ نَفْياً للفِتْنةِ)).....

[٢٦١٣٤] (قولُهُ: لازَمَهُ) ولا يَمنَعُهُ عن الاكتسابِ والدُّخُولِ إلى بيتِهِ؛ لأنَّه لا وِلايةَ له عليه، بخلافِ القاضي؛ لأنَّ له وِلايةَ المَنْعِ والحَبْسِ وغيرِهِ، "منح"[٦] عن "الجواهر".

[٢٦١٣٥] (قولُهُ: "قنية") عبارتُها[٧]: ((ادَّعَى على بنتِهِ مالاً، وأمَرَ القاضي بِحَبْسِها فطلَبَ الأبُ مِنه أنْ يَحبِسَها في موضعٍ آخرَ غيرِ السِّجْنِ حتّى لا يَضِيعَ عِرْضُهُ يُجيبُهُ القاضي إلى ذلك، وكذا في كلِّ مُدَّعٍ مع المُدَّعَى عليه)) اهـ.

[٢٦١٣٦] (قولُهُ: وأفتى "المصنِّفُ" إلخ) ذكَرَ في "المنح"[٨] عبارةَ "قارئ الهداية" ثمَّ قال[٨]: ((ولا مُنافاةَ بينَ هذا وبينَ ما ذكرناهُ؛ لأنَّ القاضيَ يُعيِّنُ مكانَ الحَبْسِ عندَ عدمِ إرادةِ صاحبِ الحَقِّ، أمّا لو طلَبَ صاحبُ الحَقِّ مكاناً فالعِبْرةُ في ذلك له)) اهـ.

---

(١) في "ط": ((ولا تعيين))، وهو خطأ.

(٢) ((مكان)) ليست في "د".

(٣) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في حبس المدين في غير السجن صـ٨٣ـ.

(٤) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/أ.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣٠٨/٦.

(٦) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٦د/أ باختصار.

(٧) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب الحبس ق١٣٢/ب.

(٨) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٦/أ.

(وإذا ثَبَتَ الحَقُّ للمُدَّعِي) ولـو دانِقـاً، وهـو سـدُسُ درهـمٍ (ببيِّنـةٍ عَجَّـلَ حَبْسَـهُ بطَلَـبِ المُدَّعي)؛ لظُهُورِ المَطْلِ بإنكارِهِ، (وإلاّ) يَثْبُتْ ببيِّنةٍ بل بإقرارٍ (لم يُعجِّلْ) حَبْسَهُ،.........

[٢٦١٣٧] (قولُـهُ: وإذا ثَبَـتَ الحَـقُّ للمُدَّعِـي) أي: عنـدَ القـاضي كمـا في "الهدايـةِ"[١] وغيرِها، وظاهرُهُ: أنَّ المُحكَّمَ لا يَحبِسُ، قال في "البحـر"[٢]: ((ولـم أرَهُ))، "نهـر"[٣]. لكـنْ نقَلَ "الحمَويُّ"[٤] عن "صدرِ الشَّريعة"[٥]: [٣/ق٢٠٥/ب] ((أنَّ له الحَبْسَ)).

[٢٦١٣٨] (قولُهُ: ولو دانِقاً) في "كافي الحاكم": ((ويُحبَسُ في درهمٍ وفي أقلَّ مِنه)) اهـ. ومثلُهُ في "الفتح"[٦] مُعلِّلاً: ((بأنَّ ظُلْمَهُ يَتحقَّقُ بمَنْعِ ذلك)).

[٢٦١٣٩] (قولُهُ: ببيِّنةٍ) أو بنُكُول، "بحر"[٧] عن "القَلانِسيِّ"[٨].

[٢٦١٤٠] (قولُهُ: عَجَّلَ حَبْسَهُ) إلاّ إذا ادَّعَى الفقرَ فيما يُقبَلُ فيه دَعْواهُ، "ط"[٩].

[٢٦١٤١] (قولُهُ: بطَلَبِ المُدَّعي) ذكَرَهُ "قاضي خان"[١٠]، وهو قَيْدٌ لازمٌ، "منح"[١١].

[٢٦١٤٢] (قولُهُ: لم يُعجِّلْ حَبْسَهُ) لأنَّ الحَبْسَ جزاءُ المُماطَلَةِ، ولم يَعرِفْ كونَهُ مُماطِلاً في أوَّلِ الوَهْلةِ، فلعلَّهُ طَمِعَ في الإمهالِ فلم يَستَصحِبِ المـالَ، فـإذا امتَنـعَ بعـدَ ذلـك حَبَسَـهُ؛ لظُهُورِ مَطْلِهِ، "هداية"[١٢].

---

(١) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣/١٠٤.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣٠٨.

(٣) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/أ.

(٤) لم نعثر عليها في مطبوعة "غمز عيون البصائر" التي بين أيدينا.

(٥) "شرح الوقاية": كتاب القضاء ٢/٧٠ (هامش "كشف الحقائق").

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٦/٣٧٥ ـ ٣٧٦.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣٠٩.

(٨) هو أحمد القَلانِسيِّ صاحب "تهذيب الواقعات"، انظر "كشف الظنون" ١/٥١٧د، "الجواهر المضية" ١/٣٥٧.

(٩) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/١٨٧.

(١٠) "شرح الجامع الصغير": كتاب القضاء ـ باب من القضاء في بيع القاضي وقرضه ٢/ق١٠٣/ب.

(١١) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٦/أ.

(١٢) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣/١٠٤ باختصار.

بل يأمرُهُ بالأداءِ، فإنْ أَبَى حَبَسَهُ، وعَكَسَهُ "السَّرَخسيُّ"، ....

[٢٦١٤٣] (قولُهُ: بل يأمرُهُ بالأداءِ) ينبغي أنْ يُقيَّدَ هذا بما إذا لم يَتَمكَّنِ القاضي مِن أداءِ ما عليه بنفسِهِ، كما إذا ادَّعَى عَيْناً في يدِ غيرِهِ أو وديعةً له عندَهُ وبرهَنَ أنَّها هي التي في يدِهِ، أو دَيْناً له عليه وبرهَنَ على ذلك، فوُجِدَ معه ما هو مِن جِنْسِ حَقِّهِ كان للقاضي أنْ يأخُذَ العَيْنَ مِنه وما هو مِن جِنْسِ حَقِّهِ ويَدفَعَهُ إلى المالكِ غيرَ مُحتاجٍ إلى أَمْرِهِ بدَفْعِ ما عليه. وقد قالوا: إنَّ رَبَّ الدَّيْنِ إذا ظَفِرَ بجنْسِ حَقِّهِ له أنْ يَأخُذَهُ وإنْ لم يَعلَمْ به المديونُ، فالقاضي أَولى، "نهر"[١]، وتَبِعَهُ "الحَمَويُّ" وغيرُهُ، "ط"[٢].

قلتُ: لكنَّ كونَهُ غيرَ مُحتاجٍ إلى أَمْرِهِ بالدَّفْعِ فيه نَظَرٌ؛ لأنَّ القاضيَ لا يَتَحقَّقُ له وِلايةُ أَخْذِ مالِ المديونِ وقضاءِ دَيْنِهِ به إلاّ بعدَ الامتناعِ عن فعلِ المديونِ ذلك بنفسِهِ، فكان المناسبُ ذِكْرَ هذا عندَ قولِهِ: ((فإنْ أَبَى حَبَسَهُ))، فيقالُ: إنَّما يَحبِسُهُ إذا لم يَتَمكَّنِ القاضي إلخ، فافهَمْ.

[٢٦١٤٤] (قولُهُ: فإنْ أَبَى حَبَسَهُ) فلو قال: أَمهِلْني ثلاثةَ أيّامٍ لأدفَعَهُ إليك فإنَّه يُمهَلُ، ولم يكنْ بهذا القولِ مُمتنِعاً مِن الأداءِ، ولا يُحبَسُ، "شرح الوهبانيَّة"[٣] عن "شرح الهداية"[٤]. ومثلُهُ قولُ "المصنِّف" الآتي[٥]: ((ولو قال: أَبيعُ عَرْضي وأَقضي دَيْني إلخ)).

[٢٦١٤٥] (قولُهُ: وعَكَسَهُ "السَّرَخسيُّ"[٦]) وهو أنَّه إذا ثَبَتَ بالبيِّنةِ لا يَحبِسُهُ لأوَّلِ وَهْلةٍ؛ لأنَّه يَعتذِرُ بأنّي ما كنتُ أعلَمُ أنَّ عليَّ دَيْناً له، بخلافِهِ بالإقرار؛ لأنَّه كان عالِماً بالدَّيْنِ ولم يَقْضِهِ حتّى أَحْوَجَهُ إلى شَكْواهُ، "فتح"[٧].

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/أ.

(٢) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨٧/٣.

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ـ بيان إمهال المدعى عليه ٢٩٣/١.

(٤) لم نعثر عليها فيما بين أيدينا من الشروح المطبوعة، ولعل المراد "النهاية" للسغناقي.

(٥) صـ٣٩٤ـ "در".

(٦) لم نقف على المسألة في "المبسوط" و"شرح السير".

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣٧٦/٦، نقلاً عن "الفوائد الظهيرية" عن "السرخسي".

وسَوّى بينَهما في "الكنز" و"الدُّرر"، واستحسَنَهُ "الزَّيلعيُّ"، والأوَّلُ مختارُ "الهداية"[١] و"الوقاية"[٢] و"المجمع". قال في "البحر"[٣]: ((وهو المذهبُ عندنا)) اهـ ....

[٢٦١٤٦] (قولُهُ: وسَوّى بينَهما في "الكنز") حيث قال[٤]: ((وإذا ثَبتَ الحَقُّ للمُدَّعِي أَمَرَهُ بدَفْعِ ما عليه، فإنْ أَبَى حَبَسَهُ))، وعبارةُ متنِ "الدُّررِ"[٥] أصرحُ، وهي: ((وإذا ثَبتَ الحَقُّ على[٦] الخَصْمِ بإقرارِهِ أو ببيِّنةٍ أَمَرَهُ بدَفْعِهِ إلخ)). وفي "كافي الحاكم": ((ولا يُحبَسُ الغَرِيمُ في أوَّلِ ما يُقدِّمُهُ إلى القاضي، ولكنْ يقولُ له: قُمْ فأَرْضِهِ، فإنْ عادَ به إليه حَبَسَهُ)) اهـ.

[٢٦١٤٧] (قولُهُ: واستحسَنَهُ "الزَّيلعيُّ") حيث قال[٧]: ((والأحسنُ ما ذكَرَهُ هنا ـ أي: في "الكنز" ـ فإنَّه يُؤمَرُ بالإيفاءِ مُطلقاً؛ لأنَّه يُحتَمَلُ أنْ يُوفِّيَ، فلا يُعجِّلُ بحَبْسِهِ قبلَ أنْ يتبيَّنَ له حالُهُ بالأَمْرِ والمُطالَبة[٨])).

[٢٦١٤٨] (قولُهُ: وهو المذهبُ عندنا) صرَّحَ بذلك في "شرحِ أدبِ القضاء"[٩]، وقال: ((إنَّ التَّسويةَ بينَهما روايةٌ)).

قلتُ: لكنْ سمعتَ عبارةَ "كافي الحاكم"، وهو الجامعُ لكُتُبِ "ظاهرِ الرِّواية"، إلاّ أنَّ عبارتَهُ ظاهرُها التَّسويةُ، فيُمكِنُ إرجاعُها إلى ما في "الهداية"، فلا يُنافي قولَهُ: ((وهو المذهبُ))، تأمَّلْ.

---

(١) "الهداية": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/١٠٤.

(٢) انظر "شرح الوقاية": كتاب القضاء ٢/٦٥ (هامش "كشف الحقائق").

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣٠٨.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ـ فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه إلخ /٨٦.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٢/٤٠٧.

(٦) في "آ": ((وإذا ثبت الحقُّ للمدعي على إلخ)).

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٤/١٨٠.

(٨) في "الأصل": ((بالأمر بالمطالبة)).

(٩) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الحادي والثلاثون في الحبس في الدين ٢/٣٦٠ بتصرف.

قلتُ: وفي "مُنية المفتي": ((لو ثبَتَ ببيِّنةٍ يُحبَسُ في أوَّلِ مرَّةٍ، وبالإقرارِ يُحبَسُ في الثّانيةِ والثّالثةِ دُونَ الأُولى، فَلْيَكُنِ التَّوفيقَ)). (ويُحبَسُ) المديونُ ....

[٢٦١٤٩] (قولُهُ: فليكن التَّوفيقَ) لم يَظهَرْ لنا وجهُهُ، على أنَّ ما نقَلَهُ عن "مُنية المفتي" لم أَجِدْهُ فيها، بل عبارتُها هكذا: ((ولا يَحبِسُهُ في أوَّلِ ما يَتقدَّمُ إليه، ويقولُ له: قُمْ فأَرْضِهِ، فإنْ عادَ إليه حَبَسَهُ)) اهـ. وهي عبارةُ "الكافي" المارَّةُ[١]، ثمَّ رأيتُ بعضَهم نبَّهَ على ما ذَكَرْتُهُ.

[٢٦١٥٠] (قولُهُ: ويُحبَسُ المديونُ إلخ) اعلمْ أنَّ المُدَّعيَ إذا ادَّعَى دَيْناً وأثبَتَهُ يُؤمَرُ المديونُ بدَفْعِهِ، فإنْ أَبَى وطلَبَ المُدَّعي حَبْسَهُ وهو غنيٌّ يُحبَسُ، ثمَّ إنْ كان الدَّيْنُ ثمناً ونحوَهُ من الأربعةِ المذكورةِ في "المتن"، وادَّعَى المديونُ الفَقْرَ لا يُصدَّقُ؛ لأنَّ إقدامَهُ على الشِّراءِ ونحوِهِ مِمّا ذُكِرَ دليلٌ على عدمِ فَقْرِهِ فيُحبَسُ، إلاّ إذا كان فَقْرُهُ ظاهراً كما سيأتي[٢]، وإنْ كان الدَّيْنُ غيرَ الأربعةِ المذكورةِ وادَّعَى الفَقْرَ فالقولُ له، ولا يُحبَسُ، إلى آخر ما سيجيءُ[٣]. ٣١٥/٤

(تنبيهٌ)

أطلَقَ المديونَ فشَمِلَ المُكاتَبَ والعبدَ المأذونَ والصَّبيَّ المحجورَ، فإنَّهم يُحبَسُون، لكنَّ الصَّبيَّ لا يُحبَسُ بدَيْنِ الاستهلاكِ، بل [٣/ق٢٠٦/أ] يُحبَسُ والدُهُ أو وَصِيُّهُ، فإنْ لم يكونا أمَرَ القاضي رَجُلاً ببَيْعِ مالِهِ في دَيْنِهِ، كذا في "البزّازيَّة"[٤]، "بحر"[٥].

قلتُ: وحَبْسُ والدِهِ أو وَصِيِّهِ بدَيْنِ الاستهلاكِ إنّما هو حيثُ كان للصَّبيِّ مالٌ وامتَنَعَ الأبُ أو الوَصيُّ مِن بَيْعِهِ، أمّا إذا لم يكنْ له مالٌ فلا حَبْسَ كما يُعلَمُ مِن آخرِ العبارةِ، وهو ظاهرٌ،

---

(١) المقولة [٢٦١٤٦] قوله: ((وسوَّى بينَهما في "الكنز")).

(٢) المقولة [٢٦١٨٩] قوله: ((ولو فَقْرُهُ ظاهراً إلخ)).

(٣) المقولة [٢٦١٦٣] قوله: ((لا يُحبَسُ في غيرِهِ)) وما بعدها.

(٤) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس، وفيه أربعة أنواع ٢٢٣/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٠/٦.

(فِي) كلِّ دَيْنٍ هو بَدَلُ مالٍ أو مُلتَزَمٌ بعَقْدٍ، "درر"[١]، و"مجمع"، و"ملتقى"[٢]..........

والقولُ له: إنَّه فقيرٌ؛ لأنَّ دَيْنَ الاستهلاكِ مِمّا لا يُحبَسُ به إذا ادَّعَى الفَقْرَ كما يأتي[٣]، وسيذكرُ "الشّارحُ" آخرَ الباب[٤] نظماً مَن لا يُحبَسُ، وفيه تفصيلٌ للثّلاثةِ المذكورينَ.

[٢٦١٥١] (قولُهُ: في كلِّ دَيْنٍ هو بَدَلُ مالٍ) كثمنِ المبيعِ وبَدَلِ القَرْضِ، وقولُهُ: ((أو مُلتَزَمٌ بعَقْدٍ)) كالمَهْرِ والكفالةِ، وهو مِن عطفِ العامِّ على الخاصِّ، فلو اقتَصَرَ عليه ـ كما وقَعَ في بعضِ الكتبِ ـ لأَغْنَاهُ عمّا قبلَهُ.

زادَ في "البحر"[٥] عن "القَلانسيِّ": ((وفي كلِّ عَيْنٍ يَقدِرُ على تسليمِها))، وسيأتي[٦] في كلام "الشّارح".

ثمَّ اعلمْ أنَّ هذه العبارةَ التي عزاها "الشّارحُ" إلى "الدُّرر" و"المجمع" و"الملتقى" أصلُها لـ "القدوريِّ"[٧]، عدَلَ عنها "صاحبُ الكنز"[٨] إلى قولِهِ: ((في الثَّمنِ والقَرْضِ والمهرِ المُعجَّلِ وما التَزَمَهُ بالكفالةِ))، وتَبِعَهُ "المصنِّفُ" لوجهين نَبَّهَ عليهما في "النَّهر"[٩]: ((الأوَّلُ: أنَّ قولَهُ: ((بدلُ مالٍ)) يَدخُلُ فيه بدلُ المغصوبِ وضمانُ المُتلَفات. والثّاني: أنَّ قولَهُ: ((أو مُلتَزَمٌ بعَقْدٍ)) يَدخُلُ فيه أيضاً ما التَزَمَهُ بعَقْدِ الصُّلحِ عن دمِ العَمْدِ والخُلْعِ، مع أنَّه لا يُحبَسُ في هذه المواضعِ إذا ادَّعَى الفَقْرَ)) اهـ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٢/٤٠٧ بتصرف.

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء ـ فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي إلخ ٢/٧٢ بتصرف.

(٣) المقولة [٢٦١٦٥] قوله: ((ومغصوب)).

(٤) صـ٥٢٨ـ وما بعدها "در".

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣٠٩.

(٦) صـ٣٧٧ـ "در".

(٧) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب أدب القاضي ٤/٨٢.

(٨) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ـ فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي ٢/٨٦.

(٩) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/ب بتصرف.

مثلِ (الثَّمنِ) ولو لمنفعةٍ كالأُجْرةِ (والقَرْضِ) ولو لذِمِّيٍّ (والمهرِ المُعجَّلِ، وما لَزِمَهُ بكفالةٍ)

وصرَّحَ "الشّارح" بعدُ أيضاً: ((بأنّه لا يُحبَسُ فيها))، فكان عليه عدمُ ذِكْرِ هذه العبارةِ، لكنَّ ما ذكرَهُ في "النَّهر" غيرُ مُسلَّمٍ: أمّا الأوَّلُ فلأنَّ المرادَ بدلُ مالٍ حصَلَ في يدِ المديونِ كما سيأتي[1]، فيكونُ دليلاً على قدرتِهِ على الوفاءِ، بخلافِ ما استهلَكَهُ مِن الغصبِ. وأمّا الثّاني فلأنّه يُحبَسُ في الصُّلْحِ والخُلْعِ كما تَعرِفُهُ، فالأحسنُ ما فعَلَهُ "الشّارح" تبعاً لـ"الزَّيلعيِّ"[2]؛ لِيُفيدَ أنَّ الأربعةَ التي في "المتن" غيرُ قيدٍ احترازيٍّ، فافهم. لكنَّ "الشّارح" نقَضَ هذا فيما ذكرَهُ بعدُ[3] كما تَعرِفُهُ.

[٢٦١٥٢] (قولُهُ: مثلِ الثَّمنِ) شَمِلَ الثَّمنُ ما على المشتري، وما على البائعِ بعدَ فَسْخِ البيعِ بينَهما بإقالةٍ أو خِيارٍ، وشَمِلَ رأسَ مالِ السَّلَمِ بعدَ الإقالةِ، وما إذا قَبَضَ المشتري المبيعَ أوْ لا، "بحر"[4].

[٢٦١٥٣] (قولُهُ: كالأُجْرةِ) لأنَّها ثمنُ المنافعِ، "بحر"[4]. فإنَّ المنفعةَ وإنْ كانَتْ غيرَ مالٍ لكنَّها تَتَقوَّمُ في بابِ الإجارةِ للضَّرورة.

[٢٦١٥٤] (قولُهُ: ولو لذِمِّيٍّ) يَرجِعُ إلى الثَّمنِ والقَرْضِ. وكان المناسبُ ذِكْرَهُ عقبَ قولِهِ: ((ويُحبَسُ المديونُ)). قال في "البحر"[4]: ((أطلَقَهُ فأفادَ أنَّ المُسلِمَ يُحبَسُ بدَيْنِ الذِّمِّيِّ والمُستأمِنِ وعكسُهُ)) اهـ.

[٢٦١٥٥] (قولُهُ: والمهرِ المُعجَّلِ) أي: ما شُرِطَ تعجيلُهُ أو تُعُورِفَ، "نهر"[5].

[٢٦١٥٦] (قولُهُ: وما لَزِمَهُ بكفالةٍ) استثنَى مِنه في "الشُّرُنبلاليَّة"[6] كفيلَ أصلِهِ كما لو كَفَلَ

---

(١) المقولة [٢٦١٦٢] قوله: ((نعمْ عَدُّهُ في "الاختيار" لبدلِ الخُلْعِ هنا خطأٌ)).

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٤/١٨٠ ـ ١٨١.

(٣) صـ٣٧٧ـ "در".

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣٠٩.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/ب.

(٦) "الشرنبلالية": كتاب القضاء ٢/٤٠٧ (هامش "الدرر والغرر")، وذكر في "الشرنبلالية" أنَّ له رسالةً في هذه المسألة.

ولو بالدَّرَكِ أو كفيلَ الكفيلِ وإنْ كَثُروا، "بزّازيَّة"[١]؛ لأنَّه التَزَمَهُ بعَقْدٍ كالمهرِ،.....

أباه أو أمَّهُ، أي: فإنَّه لا يُحبَسُ مُطلقاً لِما يَلزَمُ عليه مِن حَبْسِ الأبِ معه، وفيه كلامٌ قدَّمناهُ[٢] في الكفالة.

[٢٦١٥٧] (قولُهُ: ولو بالدَّرَكِ) هو المُطالَبةُ بالثَّمنِ عندَ استحقاقِ المبيعِ، وهذا ذَكَرَهُ في "النَّهر"[٣] أخْذاً مِن إطلاقِ الكفالةِ، ثمَّ قال[٣]: ((ولم أرَهُ صريحاً)).

[٢٦١٥٨] (قولُهُ: أو كفيلَ الكفيلِ) بالنَّصبِ خبرٌ لـ ((كان)) المقدَّرةِ بعدَ ((لو))، فهو داخلٌ تحتَ المبالغةِ، أي: ولو كان كفيلَ الكفيلِ، فدخَلَ تحتَ المبالغةِ الأصيلُ وكفيلُهُ. قال في "البحر"[٤]: ((وأشارَ المؤلِّفُ إلى حَبْسِ الكفيلِ والأصيلِ معاً: الكفيلِ بما التَزَمَهُ، والأصيلِ بما لَزِمَهُ بدلاً عن مالٍ، وللكفيلِ بالأمْرِ حَبْسُ الأصيلِ إذا حُبِسَ، كذا في "المحيط". وفي "البزّازيَّة"[٥]: يَتمكَّنُ المكفولُ له مِن حَبْسِ الكفيلِ والأصيلِ وكفيلِ الكفيلِ وإنْ كَثُروا)) اهـ.

[٢٦١٥٩] (قولُهُ: لأنَّه التَزَمَهُ بعَقْدٍ) أي: لأنَّ الكفيلَ التَزَمَ المالَ بعَقْدِ الكفالةِ، وكذا كفيلُهُ، وقولُهُ: ((كالمهرِ)) أي: فإنَّ الزَّوجَ التَزَمَهُ بعَقْدِ النِّكاحِ، فكلٌّ مِنهما وإنْ لم يكن مُبادَلةَ مالٍ بمالٍ لكنَّه مُلتَزَمٌ بعَقْدٍ، والتَّعليلُ المذكورُ لثُبوتِ حَبْسِهِ بما ذُكِرَ وإن ادَّعَى الفَقْرَ، فإنَّ التزامَهُ ذلك بالعَقْدِ دليلُ القُدرةِ على الأداءِ؛ لأنَّ العاقلَ لا يَلتَزِمُ ما لا قُدرةَ له عليه، فيُحبَسُ وإن ادَّعَى الفَقْرَ؛ لأنَّه كالمُتناقِضِ؛ لوُجُودِ دلالةِ اليَسارِ.

وظهَرَ به [٣/ق٢٠٦/ب] وجهُ حَبْسِهِ أيضاً بالثَّمنِ والقَرْضِ؛ لأنَّه إذا ثبَتَ المالُ بيدِهِ ثبَتَ غِناهُ به،

---

(١) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ٥/٢٢٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [٢٥٦٢٠] قوله: ((هذا إذا كفَلَ بأمرِهِ إلخ)).

(٣) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/ب.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣٠٩.

(٥) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ٥/٢٢٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

هذا هو المعتمدُ، خلافاً لفتوى "قاضي خان"؛ لتقديمِ المتونِ والشُّروحِ على الفتاوى، "بحر"[١]، فليُحفَظْ. ....

أفادَ ذلك في "الفتح"[٢] وغيرِهِ، والأخيرُ مبنيٌّ على التَّمسُّكِ بالأصلِ، فإنَّ الأصلَ بقاؤُهُ في يدِهِ.

[٢٦١٦٠] (قولُهُ: هذا هو المعتمدُ) الإشارةُ إلى ما في "المتن": ((مِن أنَّه يُحبَسُ في الأربعةِ المذكورةِ وإن ادَّعَى الفَقْرَ))، وهذا أحدُ خمسةِ أقوالٍ، ثانيها ما في "الخانيَّة"[٣]. ثالثُها: القولُ للمديُونِ في الكلِّ، أي: في الأربعةِ وفي غيرِها مِمّا يأتي. رابعُها: للدّائنِ في الكلِّ. خامسُها: أنَّه يُحكَّمُ الزِّيُّ ـ أي: الهيئةُ ـ إلاّ الفقهاءَ والعَلَويَّةَ؛ لأنَّهم يَتزيَّوْنَ بزيِّ الأغنياءِ وإنْ كانوا فقراءَ صيانةً لماءِ وَجْهِهِم كما في "أنفع الوسائل"[٤].

مطلبٌ: إذا تعارَضَ ما في المتونِ والفتاوى فالمعتمدُ ما في المتون

[٢٦١٦١] (قولُهُ: خلافاً لفَتْوى "قاضي خان") حيث قال[٥]: ((إنْ كان الدَّيْنُ بدلاً عن مالٍ كالقَرْضِ وثمنِ المبيعِ فالقولُ للمُدَّعِي، وعليه الفَتْوى، وإنْ لم يكن بدلَ مالٍ فالقولُ للمديُونِ)) اهـ. وعليه فلا يُحبَسُ في المهرِ والكفالةِ. ٤/٣١٦

قال في "البحر"[٦]: ((وهو خلافُ مختارِ "المصنِّف" تبعاً لـ"صاحب الهداية"[٧]، وذكَرَ "الطَّرَسوسيُّ" في "أنفع الوسائل"[٨]: أنَّه ـ أي: ما في "الهداية" ـ المذهبُ المفتى به،

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١٠.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٦/٣٧٦.

(٣) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٢/٣٧٣ (هامش "الفتاوى الهندية")، وسيأتي في المقولة التالية.

(٤) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٢٣٣ ـ ٢٣٤ـ.

(٥) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٢/٣٧٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١٠.

(٧) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣/١٠٤.

(٨) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٣٧ـ.

نعمْ عَدُّهُ في "الاختيارِ" لبدلِ الخُلْعِ هنا خطأٌ، فتنبَّهْ، وزادَ "القَلانِسيُّ": ((أنَّه يُحبَسُ أيضاً في كلِّ عَيْنٍ يَقدِرُ على تسليمِها كالعَيْنِ المغصوبةِ)). ....

فقد اختلَفَ الإفتاءُ فيما التَزَمَهُ بعَقْدٍ ولم يكن بدلَ مالٍ، والعملُ على ما في المتون؛ لأنَّه إذا تعارَضَ ما في المتون والفتاوى فالمعتمدُ ما في المتون كما في "أنفع الوسائل"، وكذا يُقدَّمُ ما في الشُّرُوحِ على ما في الفتاوى)) اهـ.

قلتُ: وما في "الخانيَّةِ" نَقَلَ في "أنفع الوسائل"[١] عن "المبسوط"[٢]: ((أنَّه "ظاهرُ الرِّواية")).

[٢٦١٦٢] (قولُهُ: نعمْ عَدُّهُ في "الاختيارِ" لبدلِ الخُلْعِ هنا خطأٌ) ((عَدُّهُ)) بالرَّفعِ مبتدأٌ، واللاَّمُ في ((لبدلِ)) متعلِّقٌ به، و((خطأٌ)) خبرُ المبتدأ. وفي بعضِ النُّسخِ[٣]: ((كبدلِ)) بالكاف، وهو تحريفٌ، وقولُهُ: ((هنا)) أي: فيما يكونُ القولُ فيه للمُدَّعِي كالمسائلِ الأربعِ. وعبارةُ "الاختيار"[٤] هكذا: ((وإنْ قال المُدَّعي: هو مُوسِرٌ، وهو يقولُ: أنا مُعسِرٌ فإنْ كان القاضي يَعرِفُ يَسارَهُ أو كان الدَّيْنُ بدلَ مالٍ كالثَّمنِ والقَرْضِ أو التَزَمَهُ بعَقْدٍ كالمهرِ والكفالةِ وبدلِ الخُلْعِ ونحوِهِ حَبَسَهُ؛ لأنَّ الظَّاهرَ بقاءُ ما حصَلَ في يدِهِ، والتزامُهُ يدلُّ على القُدرةِ[٥] إلخ)).

(قولُهُ: فقد اختلَفَ الإفتاءُ إلخ) فيه: أنَّ غايةَ ما أفادَهُ هو أنَّ الفَتْوى على حَبْسِهِ في المهرِ، ولم يَذكُرْ أيضاً أنَّ الفَتْوى على عدمِ حَبْسِهِ فيه، بل حَكاهُ "صاحبُ البحر" عن "الخانيَّةِ" بدُونِ تَذْييلِهِ بأنَّ الفَتْوى عليه، فعبارتُها لا تدلُّ على أنَّ الفَتْوى على عدمِهِ فيه وإنْ فَهِمَهُ مِنها "صاحبُ البحر"، حيث قال بعدَما ذكَرَها: ((فقد عَلِمتَ أنَّ الفَتْوى على الأوَّلِ وهو عدمُ الحَبْسِ، إلاَّ فيما كان بدلاً عن مالٍ، فلا يُحبَسُ في المهرِ والكفالةِ على المفتى به، وهو خِلافُ مختارِ "المصنِّف" تبعاً لـ"صاحب الهداية")).

---

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ ٣٣٠ ـ ٣٣١ ـ بتصرف.

(٢) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب الحبس في الدين ٢٠/٨٨ ـ ٨٩ بتصرف، ووجه ظاهر الرواية ـ كما في "أنفع الوسائل" ـ أن المطلوب متمسّك بالأصل، وهو الإفلاس.

(٣) كما في نسخة "د".

(٤) "الاختيار": كتاب أدب القاضي ـ فصل: وإذا رفع إليه قضاء إلخ ٢/٩٠.

(٥) في "م": ((لقدرة)) دون ألف، وهو خطأ.

....

ثمَّ اعلمْ أنَّ ما ذكرَهُ "الشَارحُ" مِن التَّخطِئةِ أصلُها لـ"الطَّرَسوسيِّ" في "أنفع الوسائل"، وتَبعَهُ في "البحر"[١] و"النَّهر"[٢] وغيرِهما، وأَقَرُّوه على ذلك، وذلك غيرُ واردٍ، وبيانُ ذلك: أنَّ "الطَّرَسوسيَّ"[٣] ذكَرَ مسألةَ اختلافِ المُدَّعي والمُدَّعَى عليه في الفَقْرِ وعدمِهِ، ونقَلَ عباراتِ الكتبِ، مِنها كتابُ "اختلاف الفقهاء"[٤] لـ"الطَّحاويِّ": ((أنَّ كلَّ دَيْنٍ أصلُهُ مِن مالٍ وقَعَ في يدِ المديونِ كأثمانِ البياعاتِ والقُرُوضِ ونحوِها حَبَسَهُ، وما لم يكنْ أصلُهُ كذلك كالمهرِ والخُلْعِ والصُّلْحِ عن دمِ العَمْدِ ونحوِهِ لم يَحبِسْهُ حتّى يَثبُتَ مَلاءَتُهُ)) اهـ. ونقَلَ[٥] نحوَهُ عن متنِ "البحر المحيط"[٦] وغيرِهِ.

وذكَرَ[٧] عن "السِّغْناقيِّ"[٨] وغيرِهِ حكايةَ قولٍ آخرَ أيضاً، وهو: ((أنَّ كلَّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بعَقْدٍ فالقولُ فيه للمُدَّعِي، وكلَّ دَيْنٍ لَزِمَهُ حُكماً لا بمباشرةِ العَقْدِ فالقولُ فيه للمديُونِ، قالوا: وهذا القولُ لا فَرْقَ فيه بينَ ما ثبَتَ بدلاً عن مالٍ أوْ لا)).

ثمَّ إنَّ "الطَّرَسوسيَّ"[٩] قال: ((إنَّ "صاحب الاختيار" أخطَأَ حيث جعَلَ بدلَ الخُلْعِ كالثَّمنِ والقَرْضِ في أنَّ القولَ فيه للمُدَّعِي، وهو مُخالِفٌ لِما نقلناهُ عن اختلافِ الفقهاءِ لـ"الطَّحاويِّ" ومتن "البحر المحيط" وغيرِهِ. وأيضاً فإنَّ الخُلْعَ ليس بدلاً عن مالٍ))، هذا حاصلُ كلامِهِ.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١٠.

(٢) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/ب.

(٣) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٣٦ـ بتصرف.

(٤) انظر "مختصر اختلاف العلماء": كتاب القضاء والشهادات ـ مسألة: متى يحبس المدين؟ ٣/٣٩٤،وفيه: ((العروض)) بدل ((القروض)).

(٥) أي: الطرسوسيّ في "أنفع الوسائل": ١/٣٣٧.

(٦) "البحر المحيط" هو نفسه "منية الفقهاء"، وهو أصل "القنية"، وتقدم الكلام عليه ١/١٩٥.

(٧) أي: صاحب "أنفع الوسائل": صـ٣٣٤ـ.

(٨) في "ب" و"م": ((السفناقي)) بالفاء، وهو خطأ، وهو صاحب "النهاية شرح الهداية"، وتقدم الكلامُ عليه مطوَّلاً ١/٢٦٣.

(٩) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٣٩ـ.

....

وإذا أَمعَنْتَ النَّظَرَ تَعلَمُ أنَّه كلامٌ ساقطٌ، فإنَّ ما ذكرَهُ عن اختلافِ الفقهاءِ ومتن "البحر المحيط" وغيرِهِ هو القولُ الذي مرَّ(١) عن "قاضي خان"، وما ذكرَهُ عن "السِّغْناقيِّ"(٢) وغيرِهِ هو الذي مَشَى عليه "القُدُوريُّ"(٣)، ونقَلَهُ "الشّارحُ"(٤) عن "الدُّررِ" و"المجمعِ" و"الملتقى"، فالقولُ الأوَّلُ اعتَبَرَ في كونِ القولِ للمُدَّعِي كونَ الدَّيْنِ بدلاً عن مالٍ حصَلَ في يدِ المديُونِ، ولم يَعتبرْ كونَهُ بعَقْدٍ، ولا شَكَّ أنَّ المهرَ وبدلَ الخُلْعِ والصُّلْحِ عن دمِ العَمْدِ وإنْ كان بعَقْدٍ لكنَّه ليس بدلَ مالٍ، فلا يكونُ القولُ فيه للمُدَّعِي [٣/ق٢٠٧/أ] بل للمديُونِ، فلا يُحبَسُ فيه. والقولُ الثّاني اعتَبَرَ كونَ الدَّيْنِ مُلتَزَماً بعَقْدٍ سواءٌ كان بدلَ مالٍ أو غيرَهُ، ولا شكَّ أنَّ الخُلْعَ مُلتَزَمٌ بعَقْدٍ كالمهرِ، فيكونُ القولُ فيه للمُدَّعِي، والذين صرَّحُوا بأنَّ بدلَ الخُلْعِ لا يُحبَسُ فيه المديُونُ هم أهلُ القولِ الأوَّلِ، فجَعَلُوهُ كالمهرِ لكونِ كلٍّ مِنهما ليس بدلَ مالٍ. وقد علمتَ أنَّ "صاحب الاختيار" من أهلِ القولِ الثّاني، فإنَّه اعتَبَرَ العَقْدَ كما قدَّمناه(٥) عنه، فلذا جَعَلَ القولَ للمُدَّعِي في المهرِ والكفالةِ والخُلْعِ، ويَلزَمُ مِنه أيضاً أنْ يكونَ الصُّلْحُ عن دمِ العَمْدِ كذلك؛ لأنَّه بعَقْدٍ، وحينئذٍ فاعتراضُ "الطَّرَسوسيِّ" على "صاحب الاختيار" بما حَكاهُ أهلُ القولِ الأوَّلِ ساقطٌ، فإنَّ "صاحب الاختيار" لم يَقُلْ بقولِهم حتّى يُعتَرَضَ عليه بذلك، بل قال بالقولِ الثّاني كبقيَّةِ أصحابِ المتونِ، غيرَ أنَّه زادَ على المتونِ التَّصريحَ بالخُلْعِ لدُخُولِهِ تحتَ العَقْدِ، وتَبِعَهُ في "الدُّررِ"(٦)، كيف و"صاحبُ الاختيار" إمامٌ كبيرٌ مِن مشايخِ المذهبِ ومِن أصحابِ المتونِ المُعتبَرةِ؟! وأمّا "الطَّرَسوسيُّ" فلقد صدَقَ فيه قولُ المحقِّقِ "ابن الهمام"(٧):

(قولُهُ: غيرَ أنَّه زادَ على المتونِ التَّصريحَ بالخُلْعِ إلخ) رأيتُ التَّصريحَ به في "المنبع".

---

(١) في المقولة السابقة.

(٢) في "ب" و"م": ((السفناقي)) بالفاء، وهو خطأ.

(٣) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب أدب القاضي ٨٢/٤.

(٤) صـ٣٧٢ ـ ٣٧٣ـ "در".

(٥) في هذه المقولة.

(٦) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٧/٢.

(٧) لم نعثر على هذا القول في كتابه "فتح القدير".

(لا) يُحبَسُ (في غيرِهِ) أي: غيرِ ما ذُكِرَ، وهو تسعُ صُوَرٍ: بَدَلُ خُلْعٍ، ومغصوبٍ،

((إنَّه لم يكن مِن أهلِ الفقهِ))، فافهمْ، واغنَمْ تحقيقَ هذا الجوابِ، فإنَّك لا تَجِدُهُ في غيرِ هذا الكتاب، والحمدُ لله مُلهِمِ الصَّواب.

ثمَّ بعدَ مُدَّةٍ رأيتُ في "مختصر أنفع الوسائل" لـ "الزُّهَيريِّ"[1] رَدَّ على "الطَّرَسوسيِّ" بنحوِ ما قلنا، وللهِ الحمدُ.

[٢٦١٦٣] (قولُهُ: لا يُحبَسُ في غيرِهِ) أي: إن ادَّعَى الفَقْرَ كما يأتي[2].

[٢٦١٦٤] (قولُهُ: بَدَلُ خُلْعٍ) الصَّوابُ إسقاطُهُ كما عَلِمتَ مِن أنَّه مِن القسمِ الأوَّلِ.

[٢٦١٦٥] (قولُهُ: ومغصوبٍ) بالجرِّ عطفاً على ((خُلْعٍ))، وكذا ما بعدَهُ، أي: وبدلُ مغصوبٍ، أي إذا ثَبَتَ استِهلاكُهُ للمغصوبِ ولَزِمَهُ بدلُهُ مِن القِيْمةِ أو المثلِ وادَّعَى الفَقْرَ لا يُحبَسُ؛ لأنَّه وإنْ كانَ بدلَ مالٍ دخَلَ في يدِهِ لكنَّه باستهلاكِهِ لم يَبْقَ في يدِهِ حتَّى يَدُلَّ على قُدرتِهِ على الإيفاءِ، بخلافِ ثمنِ المبيعِ، فإنَّ المبيعَ دخَلَ في يدِهِ، والأصلُ بقاؤُهُ كما مَرَّ[3]، فلذا يُحبَسُ فيه، وبخلافِ العَيْنِ المغصوبةِ القادرِ على تَسْليمِها، فإنَّه يُحبَسُ أيضاً على تَسْليمِها كما قَدَّمَهُ[4] آنفاً عن "تهذيبِ القَلانسيِّ"، فلا مُنافاةَ بينَهُ وبينَ ما هنا. قال في "أنفع الوسائل"[5]: ((وقولُهم: أو ضمانُ المغصوبِ معناه: إذا اعتَرَفَ بالغَصْبِ وقال: إنَّه فقيرٌ، وتَصادَقا على الهلاكِ،

(قولُهُ: بخلافِ ثمنِ المبيعِ، فإنَّ المبيعَ دخَلَ في يدِهِ إلخ) مُقتضَى ما ذكرَهُ: أنَّه لو تَحَقَّقَ خروجُهُ مِن يدِهِ بالاستهلاكِ أو الهلاكِ أو نحوِ ذلك أنْ يُصدَّقَ المشتري في دَعْواهُ الفَقْرَ، وسيأتي له قَبُولُ البيِّنةِ على إعسارٍ حادثٍ ولو قبلَ الحَبْسِ.

---

(١) كذا في النسخ جميعها، وفي "كشف الظنون" ١/١٨٣، ٢/١٤٩٧، و"إيضاح المكنون" ٢/٣٧١: ((محمد بن محمد الزهري، بياء واحدة))، واسم مختصره "كفاية السائل من أنفع الوسائل".

(٢) صـ٣٨٤ـ وما بعدها "در".

(٣) المقولة [٢٦١٥١] قوله: ((في كُلِّ دَيْنٍ هو بَدَلُ مالٍ)).

(٤) صـ٣٧٧ـ "در".

(٥) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٠ـ بتصرف.

ومُتلَفٍ، ودمِ عَمْدٍ،..

أو حُبِسَ لأَجْلِ العِلْمِ بالهلاكِ فإنَّ القولَ للغـاصبِ في العُسْرةِ، هكـذا ذكـرَهُ "السِّغْناقيُّ"[(١)] و"تاجُ الشَّريعة" و"حميدُ الدِّين الضريرُ"[(٢)]) اهـ. ٣١٧/٤

[٢٦١٦٦] (قولُهُ: ومُتلَفٍ) أي: وبَدَلُ ما أتلَفَهُ مِن أمانةٍ ونحوِها.

[٢٦١٦٧] (قولُهُ: ودمِ عَمْدٍ) أي: بـدلُ الصُّلْحِ عـن دمِ عَمْـدٍ. قـال في "أنفـع الوسـائل"[(٣)]: ((معناه: أنَّه لو قَتَلَ مُورِّثَهُ عَمْداً فصالَحَهُ على مال، فادَّعَى أنَّـه فقـيرٌ يكـونُ القـولُ قـولَ القـاتلِ في ذلك؛ لأنَّه ليس بدلاً عن مالٍ، وما صرَّحَ بهذه أحدٌ سِوى "الطَّحاويِّ" في "اختـلاف الفقهـاء"[(٤)]، وهو صحيحٌ مُوافِقٌ للقواعدِ، وداخلٌ تحتَ قولِهم: عمّا ليس بمال)) اهـ.

قال في "البحر"[(٥)]: ((ويُشكِلُ جَعْلُهم القولَ فيه للمديُون مع أنَّه التَزَمَهُ بعَقْدٍ)) اهـ.

أقولُ: لا إشكالَ فيه؛ لأنَّ ذلك مبنيٌّ على القولِ بعـدمِ اعتبـارِ العَقْـدِ، وأنَّ المُعتبَرَ هـو كـونُ الدَّيْنِ بدلاً عن مالٍ وقَعَ في يدِ المديون كما عَلِمتَهُ مِمّا نَقلناهُ[(٦)] سابقاً مِن عبارةِ "الطَّحاويِّ"، وهذا القولُ هو الذي مَرَّ[(٧)] عن "الخانيَّة"، وأمّـا على القـولِ الـذي مَشَـى عليه "القـدوريُّ" و"صـاحبُ الاختيار" وغيرُهما مِن أصحابِ المتون مِن أنَّ المُعتبَرَ مـا كـان بـدلاً عـن مـالٍ أو مُلتَزَمـاً بعَقْـدٍ وإنْ لم يكنْ بدلاً عن مالٍ فلا شَكَّ في دُخُولِ هذه الصُّورةِ في العَقْدِ فتكونُ على هذا القولِ مِـن القسـمِ الأوَّلِ الذي يكونُ القولُ فيه للمُدَّعِي؛ لأنَّها كالمَهْرِ.

وإنَّما يُشكِلُ الأمرُ لو صَرَّحَ أحدٌ مِن أهلِ هذا القولِ بأنَّ بدلَ دمِ العَمْدِ يكونُ القولُ فيه للمديُونِ مع أنَّه لم يُصرِّحْ بذلك أحدٌ إلاّ "الطَّحاويَّ" القائلَ بالقولِ الأوَّلِ، فعَلِمنا أنه مبنيٌّ

(١) في "ب" و"م": ((السفناقي)) بالفاء، وهو خطأ.

(٢) تقدمت ترجمته ٥٢٨/٢.

(٣) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤١ـ بتصرف.

(٤) انظر "مختصر اختلاف العلماء" للطَّحاويّ: كتاب القضاء والشهادات ـ متى يحبس المدين؟ ٣٩٤/٣ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٠/٦ بتصرف.

(٦) المقولة [٢٦١٦٢] قوله: ((نَعَمْ عَدُّهُ في "الاختيار" لبدلِ الخُلْعِ هنا خطأً)).

(٧) المقولة [٢٦١٦٠] قوله: ((هذا هو المعتمدُ)).

وعِتْقِ حَظٍّ شريكٍ، وأَرْشُ جنايةٍ، ونَفَقَةُ قريبٍ، وزوجةٍ، ومُؤجَّلُ مَهْرٍ. **قلتُ:** ظاهِرُهُ: ولو بعدَ طلاقٍ، ....

على أصلِهِ مِن أنَّه لا يُعتَبَرُ العَقْدُ أصلاً، [٣/ق٢٠٧/ب] فمُعارَضةُ أهلِ القولِ الثّاني بهذا القولِ غيرُ واردةٍ، والإشكالُ ساقطٌ كما قرَّرنا نظيرَهُ في مسألةِ الخُلْعِ(1). وبهذا ظهرَ أنَّ الصَّوابَ إسقاطُ هذه الصُّورةِ أيضاً، وذِكْرُها في القسمِ الأوَّلِ.

[٢٦١٦٨] (قولُهُ: وعِتْقِ حَظٍّ شريكٍ) أي: لو أعتَقَ أحدُ شريكَيْ عبدٍ حِصَّتَهُ مِنه بلا إذنِ الآخرِ، واختارَ الآخرُ تضمينَهُ، فادَّعَى المُعتِقُ الفقْرَ فالقولُ له؛ لأنَّ تضمينَهُ لم يَجِبْ بدلاً عن مالٍ وقَعَ في يدِهِ ولا مُلتَزَماً بعَقْدٍ حتّى يكونَ دليلَ قُدرتِهِ، بل هو في الحقيقةِ ضمانُ إتلافٍ.

[٢٦١٦٩] (قولُهُ: وأَرْشُ جنايةٍ) هذا وما بعدَهُ مرفوعٌ عطفاً على ((بَدَلُ)) لا على ((خُلْعٍ)) المجرورِ؛ لأنَّ الأَرْشَ هو بَدَلُ الجنايةِ، والمرادُ أَرْشُ جنايةٍ مُوجَبُها المالُ دونَ القِصاصِ.

[٢٦١٧٠] (قولُهُ: ونَفَقةُ قريبٍ وزوجةٍ) أي: نَفَقةُ مُدَّةٍ ماضيةٍ مَقْضيٍّ بها أو مُتَراضًى عليها، لكنَّ نَفَقةَ القريبِ تَسقُطُ بالمُضِيِّ إلاّ إذا كانَتْ مُستدانَةً بالأَمْرِ، وسيذكرُ "المصنِّفُ"(2) مسألةَ النَّفَقةِ.

[٢٦١٧١] (قولُهُ: ومُؤجَّلُ مَهْرٍ) استشكَلَهُ في "البحرِ"(3): ((بأنّه التزَمَهُ بعَقْدٍ)) أي: فيكونُ مِن القسمِ الأوَّلِ، لكنَّ جوابَهُ أنّه لَمّا عُلِمَ عَدَمُ مُطالبَتِهِ به في الحالِ لم يدلَّ على قُدرتِهِ عليه، بخلافِ المُعجَّلِ شرطاً أو عُرفاً.

[٢٦١٧٢] (قولُهُ: قلتُ: ظاهِرُهُ: ولو بعدَ طلاقٍ) هذا هو المُتعيِّنُ؛ لأنّه قبلَ الطَّلاقِ أو الموتِ لا يُطالَبُ به، فكيف يُتوهَّمُ حَبْسُهُ به؟!

(قولُهُ: هذا هو المُتعيِّنُ؛ لأنّه قبلَ الطَّلاقِ أو الموتِ لا يُطالَبُ إلخ) قد يُطالَبُ قبلَ الطَّلاقِ والموتِ، بأنْ كان مُؤجَّلاً إلى مُدَّةٍ معلومةٍ انقضَتْ قبلَهما.

---

(1) المقولة [٢٦١٦٢] قوله: ((نَعَمْ عَدُّهُ في "الاختيار" لبدلِ الخُلْعِ هنا خطأٌ)).

(2) صـ٤٠٢ـ "در".

(3) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١٠.

وفي نفقاتِ "البزّازيَّة": ((يَثْبُتُ اليَسارُ بالإخبارِ هنا، بخلافِ سائرِ الدُّيونِ))، لكنْ أفتى "ابنُ نُجَيمٍ"[(١)]: ((بأنَّ القولَ له بيمينِهِ ما لم يَثْبُتْ غِناهُ))، فراجِعْهُ.

ولو اختَلَفا فقال المديون[(٢)]: ليس بدلَ مالٍ، ....

[٢٦١٧٣] (قولُهُ: وفي نفقاتِ "البزّازيَّة" إلخ) الأنسبُ ذِكْرُ هذا عندَ قولِ "المتن" الآتي[(٣)]: ((إلاّ أنْ يُبَرْهِنَ غَرِيمُهُ على غِناهُ))، وعبارةُ "البزّازيَّة"[(٤)] ـ كما في "البحر"[(٥)] ـ: ((وإنْ لم يكنْ لها بيِّنةٌ على يَسارِهِ وطَلَبَتْ مِن القاضي أنْ يسألَ مِن[(٦)] جيرانِهِ لا يجبُ عليه السُّؤالُ، وإنْ سأَلَ كان حَسَناً، فإنْ سأَلَ فأخبَرَهُ عَدْلانِ بيَسارِهِ ثَبَتَ اليَسارُ، بخلافِ سائرِ الدُّيونِ حيث لا يَثْبُتُ اليَسارُ بالإخبارِ، وإنْ قالا: سَمِعْنا أنَّه مُوسِرٌ أو بلَغَنا ذلك لا يَقبَلُهُ القاضي)) اهـ.

[٢٦١٧٤] (قولُهُ: لكنْ إلخ) فإنَّ قولَهُ: ((ما لم يَثْبُتْ غِناهُ)) المتبادِرُ مِنه كونُهُ بالشَّهادةِ، ويمكنُ أنْ يقالَ: الثُّبوتُ في دَيْنِ النَّفَقةِ بالإخبارِ وفي غيرِهِ بالإشهادِ، فعبارتُهُ غيرُ مُعيِّنةٍ، "ط"[(٧)].

قلتُ: لكنَّ قولَ "المصنِّف" الآتيَ[(٨)]: ((إلاّ أنْ يُبَرْهِنَ)) يَقتضي عدمَ الفَرْقِ، نعمْ عبارةُ "الكنز"[(٩)] و"الهداية"[(١٠)]: ((إلاّ أنْ يَثْبُتَ))، لكنْ قيَّدَهُ "الزَّيلعيُّ"[(١١)] بالبيِّنةِ، تأمَّلْ.

---

(١) "فتاوى ابن نجيم": كتاب القضاء صـ١٤٠ـ (هامش "الفتاوى الغياثية").

(٢) ((المديون)) ليست في "د".

(٣) صـ٣٨٥ـ "در".

(٤) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل التاسع عشر في النفقات ١٥٩/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١١/٦.

(٦) في "الأصل" و"ب" و"آ": ((عن))، وما أثبتناه من "م" موافق لعبارة "البحر" و"البزازية"، ومثله في "النهر" ق٤٣١/ب نقلاً عن "البزازية"، وعبارة ابن عابدين رحمه الله بخطِّه في مسوّدة الحاشية: ((أن يسألَ جيرانَه)).

(٧) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨٨/٣.

(٨) صـ٣٨٥ـ "در".

(٩) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ـ فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره ٨٦/٢.

(١٠) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ١٠٤/٣.

(١١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨٠/٤.

وقال الدّائنُ: إنَّه ثمنُ متاعٍ فالقولُ للمديونِ ما لم يُبَرْهِنْ رَبُّ الدَّيْـنِ، "طَرَسوسـيّ"[١] بحثاً، وأقرَّهُ في "النَّهر"[٢].

(فروعٌ)

لا يُحبَسُ في دَيْنٍ مُؤجَّلٍ، وكذا لا يُمنَعُ مِن السَّفَرِ قبلَ حُلُولِ الأَجَلِ وإنْ بَعُدَ، وله السَّفَرُ معه، فإذا حَلَّ مَنَعَهُ مِنه حتّى يُوفِّيَهُ، "بدائـع"[٣]. وقدَّمنـاهُ في الكفالـة. (إن ادَّعَى) المديونُ (الفقْرَ)؛ إذِ الأصلُ العُسْرةُ ....

[٢٦١٧٥] (قولُهُ: فالقولُ للمديونِ) أي: فلا يُحبَسُ إنِ ادَّعَى الفَقْرَ.

[٢٦١٧٦] (قولُهُ: وأَقَرَّهُ في "النَّهر") وكذا في "البحر"[٤]، ووجهُهُ ظاهرٌ؛ لإنكارِهِ ما يُوجِبُ حَبْسَهُ.

[٢٦١٧٧] (قولُهُ: لا يُحبَسُ في دَيْنٍ مُؤجَّلٍ) لأنَّه لا يُطالَبُ به قبلَ حُلُولِ الأَجَلِ.

[٢٦١٧٨] (قولُهُ: وإنْ بَعُدَ) أي: السَّفَرُ بحيثُ يَحُلُّ الأَجَلُ قبلَ قُدُومِهِ.

[٢٦١٧٩] (قولُهُ: وقدَّمناهُ في الكفالةِ) أي: في آخرِها[٥]، وقدَّمنا هناك[٦] ترجيحَ إلزامِهِ بإعطاءِ كفيلٍ، فراجعْهُ.

[٢٦١٨٠] (قولُهُ: إن ادَّعَى الفَقْرَ) قيدٌ لقولِهِ[٧]: ((لا يُحبَسُ في غيرِهِ)).

[٢٦١٨١] (قولُهُ: إذِ الأصلُ العُسْرةُ) لأنَّ الآدميَّ يُولَدُ فقيراً لا مالَ لـه، والمُدَّعـي يَدَّعِي أمراً عارضاً، فكان القولُ لصاحبِهِ مع يمينِهِ ما لم يُكذِّبْهُ الظّاهرُ، إلاّ أنْ يُثبِـتَ المُدَّعـي بالبيِّنـةِ أنَّ له مالاً، بخلافِ ما تقدَّمَ؛ لأنَّ الظّاهرَ يُكذِّبُهُ، "زيلعي"[٨].

---

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٣٨ـ.

(٢) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/ب.

(٣) "البدائع": كتاب الحجر والحبس ـ الفصل الثاني: وأما الحبس على نوعين إلخ ١٧٣/٧.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١١/٦.

(٥) صـ١٩٢ـ "در".

(٦) المقولة [٢٥٧٧٢] قوله: ((وقاسَ عليهِ إلخ)) وما بعدها.

(٧) صـ٣٨٠ـ "در".

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨٠/٤.

(إلاّ أنْ يُبَرْهِنَ غَرِيمُهُ على غِناهُ) أي: على[1] قُدرتِهِ على الوفاءِ ولو باقتراضٍ أو بتَقاضي غريمِهِ (فيَحبِسُهُ) حينئذٍ (بما رأى) ....

[٢٦١٨٢] (قولُهُ: أي: على قُدرتِهِ على الوفاءِ) أي: ليس المرادُ بالغِنى مِلْكَ النِّصابِ؛ لأنّه يُحبَسُ فيما دونَهُ، أفادَهُ في "الفتح"[2].

[٢٦١٨٣] (قولُهُ: ولو باقتراضٍ) في "البزّازيَّة"[3]: ((لو وجَدَ المديونُ مَن يُقرِضُهُ فلم يفعلْ فهو ظالِمٌ))، وفي كراهية "القنية"[4]: ((لو كان للمديونِ حِرْفةٌ تُفْضي إلى قضاءِ دَيْنِهِ فامتَنَعَ مِنها لا يُعذَرُ)) اهـ.

وكلٌّ مِن الفرعينِ ينبغي تخريجُهُ على ما يُقبَلُ فيه قولُهُ، فإذا ادَّعَى في المهرِ المُؤجَّلِ مثلاً أنَّه مُعسِرٌ ووجَدَ مَن يُقرِضُهُ، أو كان له حِرْفةٌ تُوَفِّيه فلم يفعلْ حَبَسَهُ الحاكمُ؛ لأنَّ الحَبْسَ جزاءُ الظُّلْمِ، وأمّا ما لا يُقبَلُ فيه قولُهُ فظُلْمُهُ فيه ثابتٌ قبلَ وُجُودِ مَن يُقرِضُهُ، "نهر"[5].

[٢٦١٨٤] (قولُهُ: أو بتَقاضي غريمِهِ) بأنْ كان له مالٌ على غَريمٍ مُوسِرٍ. قال في "البزّازيَّة"[6]: ((فإنْ حَبَسَ غريمَهُ المُوسِرَ لا يُحبَسُ))، وفيها[6]: ((ولو كان للمحبوسِ مالٌ في بلدٍ آخرَ يُطلِقُهُ بكفيلٍ)) اهـ.

٣١٨/٤ [٢٦١٨٥] (قولُهُ: فيَحبِسُهُ حينئذٍ) أي: حينَ إذ قامَ البرهانُ على غِناهُ في هذا القسمِ وبمجرَّدِ دَعْوى [٣/ق٢٠٨/أ] المُدَّعي غِناهُ في القسمِ الأوَّلِ كما مرَّ[7].

(قولُهُ: أي: حينَ إذ قامَ البرهانُ على غِناهُ إلخ) فيه: أنّه بإقامةِ البيِّنةِ ثَبَتَ يَسارُهُ فيُؤبَّدُ حَبْسُهُ، وإلاّ ظهَرَ إرجاعُ كلامِ "المصنِّفِ" هذا للقسمِ الأوَّلِ. وحُكمُ القسمِ الثّاني يُعلَمُ مِن قولِهِ فيما يأتي: ((وأبَّدَ حَبْسَ المُوسِرِ)).

(١) ((على)) ليست في "و".

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٦/٣٧٦.

(٣) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ٥/٢٢٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "القنية": كتاب الكراهية والاستحسان ـ باب في مسائل متفرقة ق٧٩/أ، نقلاً عن بكر خواهر زاده.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣١/ب.

(٦) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ٥/٢٢٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) المقولة [٢٦١٥٠] قوله: ((ويُحبَسُ المديونُ إلخ)).

ولو يوماً، هو الصَّحيحُ، بل في شهادات "الملتقط"[(١)]: ((قال "أبو حنيفة": إذا كان المُعسِرُ معروفاً بالعُسْرةِ لم أَحبِسْهُ)). وفي "الخانيَّة"[(٢)]: ((ولو فَقْرُهُ ظاهراً سأَلَ عنه عاجلاً[(٣)]، وقَبِلَ بيِّنَتَهُ على إفلاسِهِ وخَلّى سبيلَهُ))، "نهر"[(٤)]..........................

[٢٦١٨٦] (قولُهُ: ولو يوماً) أخَذَهُ في "البحر"[(٥)] مِن ظاهرِ كلامِهم.

[٢٦١٨٧] (قولُهُ: هو الصَّحيحُ) صرَّحَ به في "الهداية"[(٦)]؛ لأنَّ المقصودَ مِن الحَبْسِ الضَّجَرُ والتَّسارُعُ لقضاءِ الدَّيْنِ، وأحوالُ النّاسِ فيه مُتفاوِتةٌ، ومُقابِلُهُ: روايةُ تقديرِهِ بشهرين أو ثلاثةٍ، وفي روايةٍ بأربعةٍ، وفي روايةٍ: بنصفِ حَوْلٍ.

[٢٦١٨٨] (قولُهُ: لم أَحبِسْهُ) أي: ولو كان الدَّيْنُ ثمناً أو قَرْضاً كما هو ظاهرُ الإطلاقِ، وهو أيضاً مُقتضَى عبارةِ "شرح الاختيار" التي قدَّمناها[(٧)].

[٢٦١٨٩] (قولُهُ: ولو فَقْرُهُ ظاهراً إلخ) أفادَ أنَّ قولَهُ: ((فيَحبِسُهُ بما يرى[(٨)])) إنما هو حيث كان حالُهُ مُشكِلاً، كما نبَّهَ عليه "الشّارحُ" بعدَهُ[(٩)]. وفي "شرح أدب القضاء"[(١٠)]: ((قال "محمَّدٌ" بعدَ ذكرِ التَّقديرِ: هذا إذا أشكَلَ عليَّ[(١١)] أمْرُهُ أفقيرٌ أم غنيٌّ؟ وإلاّ سألتُ عنه عاجلاً، يعني: إذا كان ظاهرَ الفقرِ أَقْبَلُ البيِّنةَ على الإفلاسِ وأُخلِّي سبيلَهُ)) اهـ.

---

(١) "الملتقط": كتاب الشهادات ـ مطلب في حبس المعسر صـ٣٨٢ـ.

(٢) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٢/٣٧٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) عبارة "النهر": ((آجلاً))، وهو تحريف.

(٤) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣٢/أ.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١١.

(٦) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣/١٠٤.

(٧) المقولة [٢٦١٦٢] قوله: ((نعمْ عَدُّهُ في "الاختيار" لبدلِ الخُلْعِ هنا خطأٌ)).

(٨) عبارة "الدر": ((بما رأى)).

(٩) صـ٣٨٨ـ "در".

(١٠) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الحادي والثلاثون في الحبس في الدين ـ البينة على الإفلاس بعد الحبس ٢/٣٦٨ بتصرف.

(١١) في "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: ((عليه)).

وفي "البزّازيَّة"[١]: ((قال المديونُ: حَلِّفْهُ إنَّه ما يَعلَمُ أنِّي مُعسِرٌ أجابَهُ القاضي، فإنْ حلَفَ حبَسَهُ بطَلَبِهِ، وإنْ نكَلَ خلاّهُ))، وأقرَّهُ "المصنِّفُ"[٢] وغيرُهُ.

قلتُ: قدَّمنا أنَّ الرَّأيَ لِمَن له مَلَكَةُ الاجتهادِ، فتنبَّهْ. ....

[٢٦١٩٠] (قولُهُ: قال المديونُ) أي: بما أصلُهُ ثمنٌ ونحوُهُ؛ إذ القسمُ الثّاني القولُ فيه للمديونِ: إنَّه مُعسِرٌ، فلا يَحتاجُ إلى تحليفِ الدّائنِ، نعمْ يَتَأتّى فيه أيضاً إذا أثبَتَ يسارَهُ، لكنَّه بعيدٌ؛ إذ لا يَحلِفُ المُدَّعي بعدَ البيِّنة، تأمَّلْ.

[٢٦١٩١] (قولُهُ: قلتُ: قدَّمنا إلخ) تقييدٌ لقولِ "المصنِّف": ((فيَحبِسُهُ بما رأى))، وقدَّمَ "الشّارح" ذلك عند قول "المصنِّف"[٣] قبلَ هذا الفصلِ: ((ولا يُخيَّرُ إذا لم يكن مُجتهداً))، وقد تَبِعَ "الشّارحُ" في هذا "القُهستانيَّ"[٤]. قال "ح"[٥]: ((أقولُ: مثلُ هذا لا يَتوقَّفُ على كونِ القاضي[٦] مُجتهداً كما لا يخفى)) اهـ، أي: فإنَّ ما يَقتَضِيهِ حالُ ذلك المديونِ مِن قَدْرِ مُدَّةِ حَبْسِهِ التي يَظهَرُ فيها أنَّه لو كان له مالٌ لأَظهَرَهُ يَستَوي في عِلْمِ ذلك المجتهدُ وغيرُهُ بدُونِ توقُّفٍ على العِلْمِ باللُّغةِ والكتابِ والسُّنَّةِ متناً وسنداً كما لا يخفى، فالظّاهرُ حَمْلُ ما قالوه فيما يُفوَّضُ إلى رأيِ القاضي مِن الأحكامِ، والله سبحانه أعلم.

(قولُهُ: يَستَوي في عِلْمِ ذلك المجتهدُ وغيرُهُ إلخ) هذا إنّما يَستقِيمُ إذا كان القاضي وَرِعاً ذا رأيٍ سديدٍ، وأين الوَرَعُ وسَدادُ الرَّأيِ في قُضاةِ هذا الزَّمان؟! فلا بدَّ حينَئذٍ مِن تقديرِ مُدَّةِ الحَبْسِ بما هو مذكورٌ في إحدى الرِّواياتِ بحسَبِ حالِ المحبوسِ، وانظُرْ ما تقدَّمَ في التَّعْزير.

---

(١) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ٥/٢٢٩ بتصرف، معزياً للحلواني (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٦/ب.

(٣) صـ٢٧٧ـ وما بعدها "در".

(٤) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢٣.

(٥) "ح": كتاب القضاء ق٣٠٧/أ.

(٦) في "م": ((القاصي)) بالصاد المهملة، وهو خطأ.

(ثمَّ) بعدَ حَبْسِهِ بما يَراهُ لو حالُهُ مُشكِلاً عند القاضي، وإلاّ عَمِلَ بما ظهَرَ، "بحر"[١]، واعتمَدَهُ "المصنِّفُ"[٢] (سأَلَ عنه) احتياطاً لا وُجُوباً مِن جيرانِهِ، ويكفي عَدْلٌ.....

[٢٦١٩٢] (قولُهُ: ثمَّ بعدَ حَبْسِهِ إلخ) الظَّرفُ مُتعلِّقٌ بقولِ "المصنِّف" الآتي[٣]: ((سأَلَ عنه))، وقولُهُ: ((لو حالُهُ مُشكِلاً)) قَيْدٌ لقولِهِ: ((حَبْسِهِ بما يَراهُ))، وقولُهُ: ((وإلاّ)) أي: إنْ لم يكن مُشكِلاً بأنْ كان فَقْرُهُ ظاهراً، وهذا كلُّهُ يُغني عنه ما قبلَهُ.

[٢٦١٩٣] (قولُهُ: احتياطاً لا وُجُوباً) قال "شيخُ الإسلام": ((لأنَّ الشَّهادةَ بالإعسارِ شهادةٌ بالنَّفْي[٤]، فكان للقاضي أنْ لا يسألَ ويعملَ برأيِهِ، ولكنْ لو سأَلَ مع هذا كان أحوطَ))، "زيلعي"[٥]. وقال في "الفتح"[٦]: ((وإلاّ فبَعْدَ مُضِيِّ المدَّةِ التي يَغلِبُ ظَنُّ القاضي أنَّه لو كان له مالٌ دَفَعَهُ وجَبَ إطلاقُهُ إنْ لم يُقِمِ المُدَّعي بيِّنةَ يسارِهِ مِن غيرِ حاجةٍ إلى سؤالٍ)).

[٢٦١٩٤] (قولُهُ: ويكفي عَدْلٌ) والاثنانِ أحوطُ، وكيفيَّتُهُ: أنْ يقولَ المُخبِرُ: إنَّ حالَهُ حالُ المُعسِرين في نفقتِهِ وكسوتِهِ، وحالُهُ ضيِّقةٌ، وقد اختبَرنا حالَهُ في السِّرِّ والعَلانيَةِ، "بحر"[٧] عن "البزّازيَّة"[٨]. وقيَّدَ سماعَ هذه الشَّهادةِ بما بعدَ الحَبْسِ ومُضِيِّ المدَّةِ؛ لأنَّها قبلَ الحَبْسِ لا تُقبَلُ في الأصحِّ كما يأتي[٩]، وكذا قبلَ المدَّةِ التي يراها القاضي[١٠] كما سنذكُرُهُ[١١].

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١١/٦.

(٢) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٦/ب.

(٣) في الصحيفة نفسها "در".

(٤) ((بالنفي)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨١/٤.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣٨٠/٦.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١١/٦.

(٨) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ٢٢٦/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) المقولة [٢٦٢١٨] قوله: ((ولا يَقبَلُ بُرْهانَهُ على إفلاسِهِ قبلَ حَبْسِهِ إلخ)).

(١٠) في "م": ((يراها لقاضي))، وهو خطأ.

(١١) المقولة [٢٦٢١٨] قوله: ((ولا يَقبَلُ بُرْهانَهُ على إفلاسِهِ قبلَ حَبْسِهِ إلخ)).

بغَيْبةِ دائنٍ، وأمّا المستورُ فإنْ وافَقَ قولُهُ رأيَ القاضي عَمِلَ بهِ، وإلاّ لا، "أنفع الوسائل"[١] بحثاً. ولا يُشترَطُ حَضْرَةُ الخَصْمِ ولا لفظُ الشَّهادةِ، إلاّ إذا تنازَعا في اليَسارِ والإعسارِ، "قُهستاني"[٢]. ....

[٢٦١٩٥] (قولُهُ: بغَيْبةِ دائنٍ) أي: يكفي ذلك في غَيْبةِ الدّائنِ، فلا يُشترَطُ لسماعِها حضرتُهُ، لكنْ إذا كان غائباً سَمِعَها وأطلَقَهُ بكفيلٍ كما في "البحر"[٣] عن "البزّازيَّة"[٤]، وسيأتي[٥] مع زيادةِ ما لو كان الدَّيْنُ لوَقْفٍ أو يتيمٍ.

[٢٦١٩٦] (قولُهُ: وأمّا المستورُ إلخ) فيه كلامٌ يأتي قريباً[٦].

[٢٦١٩٧] (قولُهُ: ولا يُشترَطُ حَضْرَةُ الخَصْمِ) يُغني عنه قولُهُ: ((بغَيْبةِ دائنٍ)).

[٢٦١٩٨] (قولُهُ: إلاّ إذا تنازَعا إلخ) قال في "النَّهر"[٧]: ((وقيَّدَ في "النِّهايةِ" الاكتفاءَ بالواحدِ بما إذا لم تقَعْ خُصُومةٌ، فإنْ كانَتْ ـ كأنِ ادَّعَى المحبوسُ الإعسارَ وربُّ الدَّيْنِ يَسارَهُ ـ فلا بدَّ مِن إقامةِ البيِّنةِ على الإعسارِ)) اهـ، ومثلُهُ في "البحر"[٨].

قلتُ: وهذا مُشكِلٌ، فإنَّ ما مَرَّ[٩] مِن الاكتفاءِ بعَدْلٍ لا شَكَّ أنه عندَ المُنازَعةِ؛ إذ لو اعترَفَ المُدَّعي بفَقْرِ المحبوسِ أو اعترَفَ المحبوسُ بغِناهُ لم يُحتَجْ إلى سؤالٍ ولا إلى إخبارٍ، ثمَّ رأيتُ في "أنفع الوسائل"[١٠] نقَلَ عبارةَ "النِّهايةِ" المارَّةَ[١١] بزيادةٍ، وهي: ((فإنْ شَهِدا بأنّه مُعسِرٌ خَلّى

---

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٧ـ.

(٢) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢٣.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١١.

(٤) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ٥/٢٢٦ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) صـ٣٩٢ـ "در".

(٦) المقولة [٢٦١٩٩] قوله: ((قلتُ: لكنّها إلخ)).

(٧) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣٢/أ.

(٨) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١١، نقلاً عن "السراج الوهاج" معزياً إلى "النهاية".

(٩) صـ٣٨٨ـ "در".

(١٠) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٨ـ.

(١١) في هذه المقولة.

قلتُ: لكنَّها بالإعسارِ للنَّفْيِ، وهي ليسَتْ بحُجَّةٍ،........................

سبيلَهُ، ولا تكونُ هذه شهادةً على النَّفْيِ، فإنَّ الإعسارَ بعدَ اليَسارِ أمـرٌ حـادثٌ، فتكـونُ شـهادةً بأمرٍ حادثٍ لا بالنَّفْيِ)) اهـ. فأفادَ أنَّ هذه الخُصُومةَ بإعسارٍ حـادثٍ، يعنـي: إذا [٣/ق٢٠٨/ب] أرادَ حَبْسَهُ فيما يكونُ القولُ فيه للمُدَّعِي بيَسارِهِ أو في القسمِ الآخَرِ، وبرهَنَ على يَسـارِهِ بـإرثٍ مِـن أبيه منذ شهرٍ مثلاً، وهو ادَّعَى إعساراً حادثـاً فـلا بـدَّ فيه مِـن نِصـابِ الشَّـهادةِ؛ لأنَّهـا شـهادةٌ صحيحةٌ؛ لوُقُوعِها على أمرٍ حادثٍ لا على النَّفْيِ، بخلافِ الشَّهادةِ على أنَّه مُعسِـرٌ، فإنَّهـا قـامَتْ على نَفْيِ اليَسارِ الذي يُحبَسُ بسببِهِ لا على إعسارٍ حادثٍ بعدَهُ، أو المرادُ إقامةُ البيِّنةِ على إعسارِهِ بعدَ حَبْسِهِ قبلَ تمامِ المدَّةِ التي يَظهَرُ فيها للقاضي عُسرتُهُ، لكنْ سيأتي[١] أنَّ سماعَ البيِّنةِ قبلَ المدَّةِ خلافُ ظاهرِ الرِّوايةِ، فتأمَّلْ.

[٢٦١٩٩] (قولُهُ: قلتُ: لكنَّها إلخ) استدراكٌ علـى التَّقييـدِ بـالعَدْلِ في قولـِهِ: ((ويكفـي عَدْلٌ))، فقد نقَلَ في "أنفع الوسائل"[٢] عن "الخلاصة"[٣]: ((أنَّه يَسأَلُ عنه الثِّقاتِ، والواحدُ

(قولُهُ: لكنْ سيأتي أنَّ سماعَ البيِّنةِ قبلَ المدَّةِ خلافُ ظاهرِ الرِّوايةِ) فيه: أنَّ ما يأتي لا يُخالِفُ ما هنا، فإنَّه في إثباتِ الإعسارِ بأمرٍ حادثٍ، وهو مقبولٌ في مدَّةِ الحَبْسِ وقبلَهُ أيضاً. وعلى كِلا الجوابَين لا يُناسِبُ ذكـرُ هـذا الاستثناءِ في شرحِ كلامِ "المصنِّف"؛ لاختلافِ الموضوعِ في كلٍّ كمـا هـو ظـاهرٌ، والقـاطعُ لأصـلِ الإشـكالِ أنْ يُقالَ: إنَّه لا يَـلزَمُ مِـن الحَبْـسِ المدَّةَ المذكـورةَ سَبْقُ المُنازَعـةِ في اليَسـارِ والإعسـارِ في القسـمِ الأوَّلِ، ففـي "أنفـعِ الوسائل" عن "قاضيخان" ما نصُّهُ: ((متى تَوَجَّهَ الحَبْسُ على المديونِ فإنَّ القاضيَ لا يَسأَلُهُ ولا المُدَّعِي: أَلَـهُ مـالٌ؟ في "ظاهرِ الرواية")) اهـ. ففي هذه الصُّورةِ يَكتفِي القاضي بالواحدِ، بخلافِ مـا إذا وَقَعَـتْ خُصُومـةٌ فيهمـا فإنَّـه لا بدَّ مِن إقامةِ البيِّنةِ على الإعسارِ الحادثِ، لكنْ ما يأتي له عَقِبَ قولِ "المصنِّفِ": ((ولا يَقبَلُ بُرْهانَهُ على إفلاسِهِ قبلَ حَبْسِهِ)) : ((مِن أنَّه لو بَرْهَنَ على إفلاسِهِ بعـدَ حَبْسِـهِ قبـلَ مُضِـيِّ المـدَّةِ)) يَقتَضِـي أنَّ هـذه المسـألةَ خِلافيَّـةٌ، و"ظاهرُ الرِّواية" عدمُ القبولِ بناءً على تَعَلُّقِ قولِهِ: ((بعدَ حَبْسِهِ)) بـ((إفلاسِهِ)) كما هو ظاهرٌ.

(١) المقولة [٢٦٢١٨] قوله: ((ولا يَقبَلُ بُرْهانَهُ على إفلاسِهِ قبلَ حَبْسِهِ إلخ)).

(٢) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٦ـ بتصرف.

(٣) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل التاسع في الحبس ق٢٠٩/ب.

....

يكفي، ولا يُشترَطُ لفظُ الشَّهادةِ))، ثمَّ نقَلَ[١] عبارةَ "شيخ الإسلام" المارَّةَ[٢]، ثمَّ قـال[٣]: ((فقولُـهُ ـأي: "شيخِ الإسلام"ـ: هذا ليس بواجبٍ، وهذا ليس بحُجَّةٍ، وإنَّ للقاضي أنْ لا يسألَ يُؤيِّدُ قولَنا: إنَّه لا يُشترَطُ العَدالةُ في هذا الواحدِ؛ لأنَّها تُشترَطُ في أمرٍ واجبٍ أو في إثبـاتِ حُجَّـةٍ شرعيَّةٍ، وإلاّ فلا فائدةَ في اشتراطِها؛ لأنَّ القاضيَ له إخراجُهُ بلا سؤالِ أحدٍ عنه إلخ))، وأرادَ بذلـك الـرَّدَّ على "الزَّيلعيِّ"[٤] حيث قيَّدَ بالعَدْلِ في قولِـهِ: ((والعَـدْلُ الواحـدُ يكفـي))، وإثبـاتَ أنَّ المستورَ الواحـدَ يكفي دُونَ الفاسقِ، ثمَّ قال[٥]: ((والأحسنُ عندي أنْ يُقـالَ: إنْ كـان رأيُ القـاضي مُوافِقـاً لقـولِ هذا المستورِ في العُسْرةِ يُقبَلُ، وإلاّ ـ بأنْ لم يكنْ للقاضي رأيٌ في عُسْرةِ المحبوسِ أو يُسْرتِهِ ـ فيُشترَطُ كونُ المُخبِرِ عَدْلاً)) اهـ، واستحسَنَهُ في "النَّهر"[٦] وغيرِهِ.

٣١٩/٤

قلتُ: قد رجَعَ[٧] إلى ما قالَهُ "الزَّيلعيُّ" مِن حيث لا يَشعُرُ، وذلك أنَّه إذا كـان للقـاضي رأيٌ في عُسْرتِهِ ـ بأنْ ظهَرَ له حالُـهُ ـ لا يَحتـاجُ إلى شـاهدٍ أصـلاً، بـل لـه إخراجُـهُ بـلا سـؤالٍ، والأحوطُ السُّؤالُ مِن عدلٍ ليَتحقَّقَ به ما رآهُ القاضي، ولا يكونَ بمجرَّدِ رأيِهِ.

ويَظهَرُ مِن كلامِ "شيخِ الإسلام" المارِّ[٨] ـ وكذا مِن كلامِ "الفتح" الذي ذكرناهُ بعدَهُ ـ أنَّـه لا يَلزَمُهُ العملُ بقولِ ذلك العَدْلِ إذا خالَفَ رأيَهُ، وإذا وافَقَ قولُ المُخبِرِ رأيَ القاضي لا شَكَّ أنَّه يَعمَلُ به سواءٌ كان المُخبِرُ عَدْلاً أو فاسقاً أو مستوراً، فعُلِمَ أنَّ كلامَ "الزَّيلعيِّ" محمولٌ على ما إذا لم يكن

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٧ـ.

(٢) المقولة [٢٦١٩٣] قوله: ((احتياطاً لا وُجُوباً)).

(٣) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٧ـ بتصرف.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨١/٤.

(٥) أي: صاحب "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٧ـ بتصرف.

(٦) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣٢/أ بتصرف.

(٧) أي: صاحب "أنفع الوسائل".

(٨) المقولة [٢٦١٩٣] قوله: ((احتياطاً لا وُجُوباً)).

ولذا لم يَجبِ السُّؤالُ، "أنفع الوسائل"[١]، فتنبَّهْ. (فإنْ لم يَظهَرْ له مالٌ خَلاّهُ) بلا كفيلٍ، إلاّ في ثلاثٍ: مالِ يتيمٍ، ووَقْفٍ، وإذا كان الدّائنُ غائباً، ثمَّ لا يَحبِسُهُ ثانياً لا[٢] للأوَّلِ ولا لغيرِهِ حتّى يُثبِتَ غَريمُهُ غِناهُ، "بزّازيَّة"[٣]..............................

للقاضي رأيٌ بدليلِ قولِهِ في "شرح أدب القضاء"[٤]: ((وإذا مَضَتْ تلك المدَّةُ واحتاجَ القاضي إلى معرفةِ حالِهِ سأَلَ الثِّقاتِ مِن جيرانِهِ وأصدقائِهِ إلخ))، فقولُهُ: ((واحتاجَ)) دليلٌ أنَّه لا رأيَ له.

فقد ظهَرَ أنَّه في هذه الصُّورةِ تُشترَطُ العَدالةُ كما اعترَفَ به "الطَّرَسوسيُّ"، وفي الصُّورةِ الأُولى لا تُشترَطُ عَدالةٌ ولا غيرُها، وإلاّ لم يكنْ للقاضي العملُ برأيِهِ وإخراجُ المحبوسِ بلا سؤالٍ. وبه ظهَرَ سُقُوطُ هذا البحثِ مِن أصلِهِ، فافهمْ، واغنَمْ هذا التَّحرير[٥].

[٢٦٢٠٠] (قولُهُ: ولذا لم يَجبِ السُّؤالُ) أي: سُؤالُ القاضي عن حالِ المحبوسِ، وإنَّما يَسأَلُ احتياطاً كما مَرَّ[٦].

[٢٦٢٠١] (قولُهُ: فإنْ لم يَظهَرْ له مالٌ خَلاّهُ) أي: أطلَقَهُ مِن الحَبْسِ جَبْراً على الدّائنِ، "نهر"[٧]. ثمَّ إنَّ إطلاقَهُ بإخبارِ واحدٍ لا يكونُ ثُبُوتاً، حتّى لا يجوزُ أنْ يقولَ هذا القاضي: ثبَتَ عندي أنَّه مُعسِرٌ، ولا يَنقُلُ ثُبُوتَهُ إلى قاضٍ آخرَ، بل هذا يَختصُّ بهذا القاضي، "أنفع الوسائلِ"[٨]، وأقرَّهُ في "البحرِ"[٩] و"النَّهر"[١٠].

[٢٦٢٠٢] (قولُهُ: ووَقْفٍ) ذكرَهُ في "البحر"[١١] بحثاً إلحاقاً باليتيم.

---

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٧ـ بتصرف.
(٢) ((لا)) ليست في "د" و"و".
(٣) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ٢٢٧/٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").
(٤) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الحادي والثلاثون ـ البينة على الإفلاس بعد الحبس وقبل مضي المدة المقررة ٣٧٠/٢ باختصار.
(٥) في "الأصل": ((التقرير)).
(٦) صـ٣٨٨ـ "در".
(٧) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣٢/أ.
(٨) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٨ـ بتصرف.
(٩) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٢/٦.
(١٠) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣٢/أ.
(١١) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٢/٦.

وفي "القنية"[١]: ((برهَنَ المحبوسُ على إفلاسِهِ، فأرادَ الدّائنُ إطلاقَهُ قبلَ تَفْليسِهِ فعلى القاضي القضاءُ به، حتّى لا يُعيدَهُ الدّائنُ ثانياً)).

(فرعٌ)

أحضَرَ المحبوسُ الدَّيْنَ وغابَ رَبُّهُ يُريدُ تطويلَ حَبْسِهِ إنْ عَلِمَهُ وقَدْرَهُ أخذَهُ ......

[٢٦٢٠٣] (قولُهُ: فعلى القاضي القضاءُ به) أي: إذا أبى المحبوسُ أنْ يَخرُجَ حتّى يُقضَى بإفلاسِهِ كما في "البحر"[٢] وغيرِهِ.

[٢٦٢٠٤] (قولُهُ: حتّى لا يُعيدَهُ الدّائنُ ثانياً) أي: قبلَ ظُهُورِ غِناهُ، "بحر"[٢]. والظّاهرُ أنَّ المرادَ أنْ لا يُعيدَهُ قاضٍ آخرُ؛ لأنَّ الأوَّلَ ظهرَ له حالُهُ، فكيفَ يُعيدُهُ إلى الحَبْسِ؟! بل لا يُعيدُهُ لا لهذا الدّائنِ ولا لغيرِهِ حتّى يَثْبُتَ غِناهُ كما هو صريحُ عبارةِ "البزّازيَّة" المذكورةِ[٣]، وأيضاً إذا ثبَتَ إعسارُهُ الحادثُ بشهادةٍ تامَّةٍ بعدَ خُصُومةٍ كما مرَّ[٤] فليس لقاضٍ آخرَ حَبْسُهُ ثانياً فيما يَظهَرُ؛ لأنَّه يكونُ ثُبُوتاً فيَتعدّى، بخلافِ ما إذا أطلَقَهُ بإخبارِ واحدٍ، تأمَّلْ. وقدَّمَ "الشّارحُ"[٥] في [٣/ق٢٠٩/أ] الوَقْفِ في صُوَرِ مَن يَنتصِبُ خَصْماً عن غيرِهِ عَدَّ مِنها المديونَ إذا أثبَتَ إعسارَهُ في وجهِ أحدِ الغُرَماء.

[٢٦٢٠٥] (قولُهُ: يُريدُ تطويلَ حَبْسِهِ) الظّاهرُ أنَّه قيدٌ باعتبارِ العادةِ، وإلاّ ففي غَيْبتِهِ تطويلُ حَبْسِهِ وإنْ لم يُرِدْ ذلك، ولذا لم يُقيَّدْ بذلك في عبارةِ "الأشباه" الآتية[٦]، أفادَهُ "ط"[٧].

[٢٦٢٠٦] (قولُهُ: وقَدْرَهُ) بالنَّصبِ عطفاً على الضَّميرِ المنصوبِ في ((عَلِمَهُ)).

---

(١) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب الحبس والإشهاد على الإفلاس ق١٣٢/ب بتصرف، نقلاً عن برهان الدين صاحب "المحيط".

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٢/٦.

(٣) صـ٣٩٤ـ "در".

(٤) المقولة [٢٦١٩٨] قوله: ((إلاّ إذا تنازَعا إلخ)).

(٥) في الصحيفة نفسها "در".

(٦) صـ٣٩٤ـ "در".

(٧) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨٩/٣.

أو كفيلاً وخَلاّهُ، "خانيَّة"[١]. وفي "الأشباه"[٢]: ((لا يجوزُ إطلاقُ المحبوسِ إلاّ برِضا خَصْمِهِ، إلاّ إذا ثبَتَ إعسارُهُ أو أحضرَ الدَّيْنَ للقاضي في غَيْبةِ خَصْمِهِ)). (ولو قال) مَن يُرادُ حَبْسُهُ: (أَبيعُ عَرْضي وأَقْضي دَيْني أَجَّلَهُ القاضي) يومين أو (ثلاثةَ أيّامٍ، ولا يَحبِسُهُ)؛ لأنَّ الثَّلاثةَ مُدَّةٌ ضُرِبَت لإبلاءِ الأَعْذارِ، (ولو له عَقارٌ يَحبِسُهُ) أي: (لِيَبيعَهُ ويقضيَ الدَّيْنَ) الذي عليه (ولو بثَمنٍ قليلٍ)، "بزّازيَّة"[٣]، ....

[٢٦٢٠٧] (قولُهُ: أو كفيلاً) أي: بالمالِ أوِ النَّفسِ.

[٢٦٢٠٨] (قولُهُ: إلاّ إذا ثبَتَ إعسارُهُ) المناسبُ إسقاطُ ((إلاّ)) وعطفُهُ بـ((أو))، والمرادُ بالثُّبوتِ: الظُّهورُ ولو برأيِ القاضي أو إخبارِ عَدْلٍ كما مرَّ[٤].

[٢٦٢٠٩] (قولُهُ: أَبيعُ عَرْضي) انظُر: ما فائدةُ التَّقييدِ بالعَرْضِ؟ فإنَّ العَقارَ كذلك فيما يظهَرُ، وكذا لو قال: أَمهِلْني ثلاثاً لأَدْفَعَهُ كما قدَّمناهُ[٥] عن "شرح الوهبانيَّة"، وهذا أعَمُّ مِن أنْ يدفَعَهُ ببَيْعِ عَرْضٍ، أو عَقارٍ، أو باستقراضٍ، أوِ استيهابٍ، أو غيرِ ذلك، ولا داعيَ إلى ما قالَهُ "المصنِّف" في "المنح"[٦] مِن حَمْلِهِ على المقيَّدِ هنا كما لا يخفَى.

[٢٦٢١٠] (قولُهُ: لإبلاءِ الأَعْذارِ) أي: لاختبارِ مُدَّعيها، ويحتمِلُ أنَّ الهمزةَ للسَّلْبِ. والإبلاءُ بمعنى الإفناءِ، إي: لإزالةِ الأَعْذارِ، يعني: أنَّه لا عُذْرَ له بعدَها، فالثَّلاثةُ تُبلي الأَعْذارَ وتُفنيها، "ط"[٧].

(قولُ "المصنِّف": يَحبِسُهُ، أي: لِيَبيعَهُ إلخ) لم يظهَرْ وجهٌ للإتيانِ بـ((أي)) التَّفسيريَّةِ هنا.

---

(١) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٢/٣٧٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٨٢ـ.

(٣) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ـ نوع في المعاملة مع الديون ٥/٢٢٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [٢٦١٩٩] قوله: ((قلتُ: لكنَّها إلخ)).

(٥) المقولة [٢٦١٤٤] قوله: ((فإنْ أَبى حَبَسَهُ)).

(٦) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٦/ب.

(٧) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/١٨٩، وعبارته: ((تنفيها)) بدل ((تفنيها)).

وسيجيءُ تمامُهُ في الحَجْرِ. (ولم يَمنَعْ غُرَماءَهُ عنه) على الظّاهرِ، فيُلازِمُونه نهاراً

[٢٦٢١١] (قولُهُ: وسيجيءُ تمامُهُ في الحَجْرِ) قال "المصنِّف" و"الشّارحُ" هناك[١]: ((والقاضي يَحبِسُ الحُرَّ المديونَ ليَبيعَ مالَهُ لدَيْنِهِ، وقضَى دراهمَ دَيْنِهِ مِن دراهمِهِ، يعني: بلا أَمْرِهِ، وكذا لو كانا دنانيرَ وباعَ دنانيرَهُ بدراهمِ دَيْنِهِ، وبالعكسِ استحساناً؛ لاتّحادِهما في الثَّمنيَّةِ.

لا يَبيعُ القاضي عَرْضَهُ ولا عَقارَهُ للدَّينِ خلافاً لهما، وبه ـ أي: بقولِهما ببَيعِهما للدَّينِ ـ يُفتَى، "اختيار"[٢]. وصحَّحَهُ في "تصحيح القُدُوريِّ"[٣]. ويَبيعُ كلَّ ما لا يحتاجُهُ للحالِ)) اهـ.

وحاصلُهُ: أنّه إذا امتنَعَ عنِ البَيعِ يَبيعُ عليه القاضي عَرْضَهُ، وعَقارَهُ، وغيرَهما، وفي "البزّازيَّة"[٤]: ((وفُرِّعَ على صحّةِ الحَجْرِ: أنّه يُترَكُ له دَسْتٌ[٥] مِن الثِّيابِ ويُباعُ الباقي، وتُباعُ الحَسَنةُ ويُشتَرَى له الكفايةُ، ويُباعُ كانونُ الحديدِ ويُشتَرَى له مِن طينٍ، ويُباعُ في الصَّيفِ ما يحتاجُهُ للشِّتاءِ، وعكسُهُ)).

[٢٦٢١٢] (قولُهُ: ولم يَمنَعْ غُرَماءَهُ عنه) عطفٌ على قولِهِ: ((خلّاهُ))، وكان ينبغي ذِكرُهُ عَقِبَهُ.

[٢٦٢١٣] (قولُهُ: على الظّاهرِ) أي: ظاهرِ الرِّوايةِ، وهو الصَّحيحُ، "بحر"[٦].

مطلبٌ في مُلازمةِ المديون

[٢٦٢١٤] (قولُهُ: فيُلازِمُونه إلخ) قال في "أنفع الوسائل"[٧]: ((وبَعدَما خَلّى القاضي سبيلَهُ فلصاحبِ الدَّينِ أنْ يُلازِمَهُ في الصَّحيحِ، وأحسنُ الأقاويلِ في المُلازمةِ ما رُويَ عن "محمَّدٍ" أنه قال:

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٨٦٦] قوله: ((ليبيعَ مَالَه)).

(٢) "الاختيار": كتاب الحجر وأسبابه ٢/٩٨.

(٣) "التصحيح والترجيح": كتاب الحجر صـ٢٦٤ـ.

(٤) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ـ نوع في المعاملة مع الديون ٥/٢٢٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية")، والذي في مطبوعتنا من "البزازية": ((أنّه يُتركُ له دَسْتانِ من الثياب)).

(٥) الدَّسْتُ من الثياب: ما يلبَسه الإنسانُ ويكفيه لتردّده في حوائجه. اهـ "المصباح": مادة ((دست)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١٣ بتصرف، نقلاً عن "المحيط".

(٧) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٢٩ـ.

لا ليلاً، إلاّ أنْ يَكتسِبَ فيه، ويَستأجِرُ للمرأةِ امرأةً[1] تُلازِمُها، "منية".

(فروعٌ)

لوِ اختارَ المطلوبُ الحَبْسَ والطّالبُ المُلازَمةَ ففي حَجْرِ "الهدايةِ"[2]: ((يُخيَّرُ الطّالبُ إلاّ لضَرَرٍ))، ....

يُلازِمُهُ في قيامِهِ وقُعودِهِ، ولا يَمنَعُهُ مِن الدُّخولِ على أهلِهِ، ولا مِن الغَداءِ، والعَشاءِ، والوُضوءِ، والخَلاءِ، وله أنْ يُلازِمَهُ بنفسِهِ، وإخوانِهِ، وولَدِهِ مِمّن أَحبَّ)) اهـ. وتمامُهُ في "البحرِ"[3]. ٤/٣٢٠

[٢٦٢١٤]* (قولُهُ: لا ليلاً)، لأنّه ليس بوقتِ الكَسْبِ، فلا يُتوهَّمُ وقوعُ المالِ في يدِهِ، فالمُلازمةُ لا تُفيدُ، "بحر"[4] عن "المحيط".

ويظهَرُ مِنه أنّه ليس له المُلازمةُ في وقتٍ لا يُتوهَّمُ وقوعُ المالِ في يدِهِ فيه كما لو كان مريضاً مثلاً، تأمَّلْ. وأنّه ليس له مُلازمتُهُ ليلاً على قصدِ الإضجارِ؛ لأنَّ الكلامَ فيما بعدَ ظُهورِ عُسْرتِهِ وتخليتِهِ مِن الحبسِ، والعلّةُ في المُلازمةِ إمكانُ قُدْرتِهِ على الوفاءِ بعدَ تخليتِهِ، فيُلازِمُهُ كيلا يُخفيَهُ.

[٢٦٢١٥] (قولُهُ: ويَستأجِرُ للمرأةِ امرأةً[5] تُلازِمُها، "منية") عبارةُ "منية المفتي": ((ولو كان المُدَّعَى عليه امرأةً، قيل: يَستأجِرُ امرأةً تُلازِمُها، وقيل: له أنْ يُلازِمَها ويَجلِسَ معها ويَقبِضَ على ثيابِها بالنَّهارِ، أمّا باللَّيلِ فتُلازِمُها النِّساءُ، فإنْ هرَبَت ودخَلَت خَرِبَةً لا بأسَ أنْ يدخُلَ الرَّجلُ إذا كان يأمَنُ على نفسِهِ في ذلك، ويكونُ بعيداً مِنها، ويحفَظُها بعَيْنِهِ)) اهـ. ونقَلَ الثّانيَ في "البحرِ"[6] عن "الواقعات" معلِّلاً بأنَّ له ضرورةً في هذه الخَلْوةِ، أي: الخَلْوةِ بالمرأةِ الأجنبيَّةِ.

[٢٦٢١٦] (قولُهُ: إلاّ لضَرَرٍ) عبارةُ "الهداية"[7]: ((إلاّ إذا عَلِمَ القاضي أنَّ بالمُلازمةِ يدخُلُ

---

(١) في "ط" و"ب": ((مرأةً)).

(٢) "الهداية": كتاب الحجر ـ باب الحجر بسبب الدين ٢٨٧/٣.

(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٣/٦.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٣/٦.

(٥) في "الأصل" و"ك" و"ب" و"م": ((مرأةً)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٣/٦.

(٧) "الهداية": كتاب الحجر ـ باب الحجر بسبب الدين ٢٨٧/٣.

وكَلَّفَهُ في "البزّازيَّة" لكفيلٍ بالنَّفْسِ، وللطّالبِ مُلازَمتُهُ بلا أَمْرِ قاضٍ لو مُقِرّاً بحَقِّهِ، (ولا يَقبَلُ بُرْهانَهُ على إفلاسِهِ قبلَ حَبْسِهِ)؛ لقيامِها على النَّفْيِ، ....

عليه ضَرَرٌ بَيِّنٌ: بأنْ لا يُمكِّنَهُ مِن دخولِ دارِهِ، فحينئذٍ يَحبِسُهُ دَفْعاً للضَّرَرِ)) اهـ.

قلتُ: والظّاهرُ أنَّ هذا فيمَن لم يظهَرْ للقاضي عُسْرتُهُ [٣/ق٢٠٩/ب] بعدَ حَبْسِهِ، وإلاّ فكيف يُحبَسُ ثانياً بلا ظُهورِ غِناهُ؟ أو هو مَفروضٌ فيما قبلَ الحَبْسِ أصلاً.

[٢٦٢١٧] (قولُهُ: وكَلَّفَهُ في "البزّازيَّة" لكفيلٍ بالنَّفسِ) الأَولى: بكفيلٍ[1]، بالباء. وعبارةُ "البزّازيَّة"[2] نقلاً عن الإمامِ "محمَّدٍ": ((وإنْ في مُلازمتِهِ ذهابُ قُوْتِهِ وعيالِهِ أُكلِّفُهُ أنْ يُقيمَ كفيلاً بنفسِهِ ثمَّ يُخلّي سبيلَهُ)).

[٢٦٢١٨] (قولُهُ: ولا يَقبَلُ بُرْهانَهُ على إفلاسِهِ قبلَ حَبْسِهِ إلخ) هذا مُقابلُ قولِهِ: ((ثمَّ بعدَ حَبْسِهِ سأَلَ عنه))، وقدِ اختَلَفَ التَّصحيحُ في هذه المسألةِ، ففي "الخانيَّة"[3] عن "ابنِ الفَضْلِ": ((أنَّ الصَّحيحَ القَبُولُ))، وفي "شرح أدب القضاء"[4]: ((أنَّ الصَّحيحَ عَدَمُهُ، وأنَّ عليه عامَّةَ المشايخِ))، واختارَ في "الخانيَّة"[5]: ((أنَّه مُفوَّضٌ إلى رأيِ القاضي: فإنْ رأى أنَّه ليِّنٌ يَقبَلُ، وإنْ عَلِمَ أنَّه وَقِحٌ لا)). قال في "أنفع الوسائل"[6]: ((وكأنَّه أرادَ بقولِهِ: ((ليِّنٌ)) أنْ يعتذِرَ إليه ويتلَطَّفَ معه، وبقولِهِ: ((وَقِحٌ)) أنْ يقولَ: لو قَعَدتُ في الحَبسِ كذا وكذا لا يَحصُلُ لك مِنّي شيءٌ، وآخِرَتي أخرُجُ على رَغْمِكَ، ونحوَ ذلك))، ثمَّ قال[6]: ((وكان والدي يقولُ: ينبغي للقاضي إذا عَلِمَ أنَّ بيِّنَتَهُ عُدولٌ مُميَّزونَ[7] في العدالةِ يَقبَلُ))، قال: ((وهذا حسَنٌ أيضاً وعَمَلي عليه؛

---

(١) كما في نسخة "و" و"ط".

(٢) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ـ نوع في الحجر ٢٢٩/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٣٧٣/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الحادي والثلاثون ـ البينة على الإفلاس قبل الحبس ٣٦٩/٢.

(٥) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٣٧٣/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤٩ ـ٣٥٠ـ بتصرف.

(٧) في النسخ جميعها: ((ممهَّدون))، وما أثبتناه عبارةُ "أنفع الوسائل".

وصحَّحَهُ "عزمي زاده"، وصحَّحَ غيرُهُ قَبُولَها، والمُعوَّلُ عليه رأيُهُ كما مَرَّ[(١)]، فإنْ عَلِمَ إعسارَهُ قِبلَها، وإلاّ لا، "نهر"، فليُحفَظْ. ....

لأنَّ العَدْلَ المُتحرِّيَ لا يَشهَدُ ما لم يَقْطَعْ بفَقْرِهِ، بخلافِ غيرِهِ مِمّن يَحْتاجُ إلى تزكيةٍ[(٢)] ولا يَعرِفُ القاضي تَحرِّيَهُ ولا دِيانَتَهُ)) اهـ مُلخَّصاً.

وبَقِيَ ما إذا بَرهَنَ على إفلاسِهِ بعدَ حَبْسِهِ قبلَ مُضيِّ المدَّةِ، وفي "الخانيَّة"[(٣)]: ((لا يَقبَلُ في الرِّواياتِ الظّاهرةِ إلاّ بعدَ مُضيِّ المدَّةِ)) اهـ. ومشَى الإمامُ "الخَصّاف" في "أدب القضاء"[(٤)] على قَبُولِها قبلَ مُضيِّ المدَّةِ.

[مطلبٌ: "عزمي زاده" ليس مِن أهلِ التَّصحيحِ]

[٢٦٢١٩] (قولُهُ: وصحَّحَهُ "عزمي زاده") ليس هو مِن أهلِ التَّصحيحِ، ولكنَّه نقَلَ عن "الزَّيلعيِّ"[(٥)]: ((أنَّ عليه عامَّةَ المشايخِ)).

قلتُ: وعليه "الكنز"[(٦)] وغيرُهُ، وعَلِمتَ التَّصريحَ بتصحيحِهِ، وعلَّلَهُ "الزَّيلعيُّ"[(٧)]: ((بأنَّها بيِّنةٌ على النَّفي فلا تُقبَلُ ما لم تتأيَّدْ بمُؤيِّدٍ، وهو الحَبسُ، وبعدَهُ تُقبَلُ على سبيلِ الاحتياطِ لا على الوجوبِ كما بيَّنّا)) اهـ.

[٢٦٢٢٠] (قولُهُ: والمُعوَّلُ عليه رأيُهُ) أي: رأيُ القاضي. واعلمْ أنَّ كلامَ "النَّهر"[(٨)] هنا غيرُ مُحرَّرٍ، فإنَّه قال بعدَ تعليلِ "الزَّيلعيِّ" المذكور آنفاً[(٩)]: ((والمُعوَّلُ عليه رأيُهُ كما مرَّ عن "شيخ الإسلام"، وهذا هو إحدى الرِّوايتينِ، وهو اختيارُ العامَّةِ، وهو الصَّحيحُ، وقال "ابنُ الفَضْل":

---

(١) صـ٣٨٥ ـ ٣٨٦ ـ "در".

(٢) في "آ": ((تزكيته)).

(٣) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٣٧٣/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الحادي والثلاثون ـ البينة على الإفلاس بعد الحبس وقبل مضي المدة ٣٧٠/٢.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨١/٤.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ـ فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه ٨٧/٢.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨١/٤.

(٨) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣٢/ب.

(٩) في المقولة السابقة.

(وبيِّنةُ يَسارِهِ أَحَقُّ) مِن بيِّنةِ إعسارِهِ بالقَبُولِ؛........

الصَّحيحُ أنَّها تُقبَلُ، وقال "قاضي خان"[١]: ينبغي أنْ يكونَ مُفوَّضاً إلى رأيِ القاضي: إنْ عَلِمَ يَسارَهُ لا يقبَلُها، وإنْ عَلِمَ إعسارَهُ قَبلَها اهـ. وبَقِيَ ما إذا لم يعلَمْ مِن حالِهِ شيئاً، والظّاهرُ: أنَّه لا يقبَلُها)) اهـ ما في "النَّهر". وفيه: أنَّ ما مرَّ عن "شيخ الإسلام" هو ما قدَّمناهُ[٢] عنه في سؤالِهِ عن حالِ المحبوسِ بعدَ تمامِ المدَّةِ، وأنَّه لا يَجبُ، بل له أنْ يعمَلَ بما يَراهُ، ولا يخفَى أنَّ كلامَنا هنا فيما قبلَ الحَبسِ، وما نقَلَهُ عن "قاضي خان" غيرُ ما قدَّمناهُ عنه آنفاً[٣]، ولا يخفَى ما فيه، فإنَّه إذا عَلِمَ إعسارَهُ وكان ظاهراً يسألُ عنه عاجلاً، ويقبَلُ بيِّنتَهُ، ويُخلِّي سبيلَهُ كما قدَّمَهُ "الشّارحُ"[٤]، والكلامُ هنا فيما إذا كان أَمْرُهُ مُشكِلاً كما في "البزّازيَّة"[٥]، حيثُ قال: ((وإنْ كان أَمْرُهُ مُشكِلاً هل يَقبَلُ البيِّنةَ قبلَ الحَبسِ؟ فيه روايتان)).

مطلبٌ: بيِّنةُ اليَسارِ أحَقُّ مِن بيِّنةِ الإعسارِ عندَ التَّعارضِ

[٢٦٢٢١] (قولُهُ: وبيِّنةُ يَسارِهِ أَحَقُّ إلخ) هذا ظاهرٌ فيما يكونُ فيه القولُ للمديونِ أنَّه فقيرٌ؛ لأنَّ البيِّنةَ لإثباتِ خلافِ الظّاهرِ، وذلك في بيِّنةِ اليَسارِ، أمّا القِسمُ الأوَّلُ ـ وهو ما يكونُ القولُ فيه للمُدَّعِي بأنْ كان الدَّينُ مُلتَزَماً بِمُقابلةِ مالٍ أو بعَقْدٍ ـ فلا يَظهَرُ؛ لأنَّ الأصلَ فيه اليَسارُ، بل الظّاهرُ تقدُّمُ بيِّنةِ الإعسارِ؛ لإثباتِها خلافَ الظّاهرِ، ولم أرَ مَن فَصَّلَ، بل كلامُهم هنا مُجمَلٌ، فليُتأمَّلْ.

(قولُهُ: أمّا القِسمُ الأوَّلُ ـ وهو ما يكونُ القولُ فيه للمُدَّعِي، إلى قولِهِ: فلا يَظهَرُ) الأسلَمُ إبقاءُ كلامِ "المصنِّف" على عُمُومِهِ وإنْ لم يَظهَرْ وجهُهُ.

---

(١) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٣٧٣/٢ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [٢٦١٩٣] قوله: ((احتياطاً لا وُجُوباً)) والمقولة [٢٦١٩٩] قوله: ((قلتُ: لكنَّها إلخ)).

(٣) في هذه المقولة.

(٤) صـ٣٨٦ـ "در".

(٥) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ـ نوعٌ في المعاملة معه ٢٢٥/٥ ـ ٢٢٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

لأنَّ اليَسارَ عارِضٌ، والبيِّناتُ للإثباتِ، نَعَمْ، لو بَيَّنَ سببَ إعسارِهِ وشَهِدُوا به..........

[٢٦٢٢٢] (قولُهُ: لأنَّ اليَسارَ عارِضٌ) فإنَّ الآدميَّ يُولَدُ ولا مالَ لـه كما مَرَّ[1]، لكـنْ إذا تحقَّقَ دخولُ المبيعِ في يدِهِ صار اليَسارُ هو الأصلَ، فينبغي ترجيحُ بيِّنةِ الإعسارِ كما قلنا، تأمَّلْ.

[٢٦٢٢٣] (قولُهُ: نَعَمْ، لو بَيَّـنَ إلـخ) عبارةُ "الفتح"[2] هكـذا: ((وكُلَّما تعارَضَتْ بيِّنةُ اليَسارِ والإعسارِ [٣/ق٢١٠/أ] قُدِّمَتْ بيِّنةُ اليَسارَ؛ لأنَّ معها زيادةَ عِلْـمٍ، اللَّهـمَّ إلاّ أنْ يُدَّعَى أنَّـه مُوسِرٌ وهو يقولُ: أَعسَرْتُ مِن بعدِ ذلك، وأقامَ بذلك بيِّنةً، فإنَّها[3] تُقَدَّمُ؛ لأنَّ معها عِلْماً بأمرٍ حادثٍ، وهو حدوثُ ذهابِ المالِ)) اهـ. قال في "البحر"[4]: ((والظّاهرُ أنَّه بحـثٌ مِنه، وليس بصحيحٍ؛ لجوازِ حُدُوثِ اليَسارِ بعدَ إعسارِهِ الذي ادَّعاهُ)) اهـ. ورَدَّهُ "المقدسيُّ" بقولِهِ: ((وهذا تَجَرٌّ مِن غيرِ تَحَرٍّ❖)) اهـ. ٤/٣٢١

قلتُ: ووجهُهُ أوَّلاً: مَنْعُ كونِهِ بحثاً، بل ظاهرُ كلام "الفتح" أنَّه منقولٌ، كيـف وهـو موافـقٌ لِما قدَّمناهُ[5] عن "أنفع الوسائل" عن "النِّهاية" عنـدَ قـولِ "الشّارح": ((إلاّ إذا تَنازَعـا)) ؟! وثانيـاً: ما قاله في "النَّهر"[6]: ((مِن أنَّه ينبغي أنْ يكونَ معناهُ: أنَّه بَيَّنَ سببَ الإعسـارِ وشَـهِدُوا بـه، ومـا في "البحر" مدفوعٌ بأنَّهم لم يَشهَدُوا بيسارٍ حادثٍ بل بما هو سابقٌ على الإعسارِ الحادثِ، وبيِّنةُ الإعسارِ تُحْدِثُ أمراً عارِضاً)) اهـ.

لكنْ يظهرُ لي أنَّ بيانَ سببِ الإعسارِ غيرُ لازمٍ، بل يكفي قولُهم: إنَّـه أعسَـرَ بعـدَ ذلك، تأمَّلْ.

---

(١) المقولة [٢٦١٨١] قوله: ((إذِ الأصلُ العُسْرةُ)).

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٦/٣٧٧.

(٣) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((فإنه))، وما أثبتناه من "م" هو الموافق لعبارة "الفتح"، وأشار إليه مصحِّح "ب".

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١٤.

❖ قوله: ((وهذا تجرٌّ من غير تحرٍّ)) الأول بالجيم من الجرأة، وهي الإقدام على الشيء بلا تروٍّ، والثاني بالحاء المهملة، وهو طلب الأمر الأحرى، أي: الأوفق. اهـ منه.

(٥) المقولة [٢٦١٩٨] قوله: ((إلاّ إذا تَنازَعا إلخ)).

(٦) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣٢/ب باختصار.

فتُقدَّمُ لإثباتِها أَمْراً عارِضاً، "فتح"[١] بحثاً، واعتَمَدَهُ في "النَّهر"[٢]. وفي "القنية"[٣]: ((إنْ لم يُبيِّنُوا مقدارَ ما يَملِكُ قُبِلَتْ، وإلاّ لم يُمكِنْ قَبُولُها؛ لأنَّها قامَتْ للمحبوسِ وهو مُنكِرٌ، والبيِّنةُ متى قامَتْ للمُنكِرِ لا تُقبَلُ)). (وأَبَّدَ حَبْسَ المُوسِرِ)؛ لأنَّه جزاءُ الظُّلْمِ.

(تنبيهٌ)

قال "البيري"[٤]: ((وفي "أوضح رمزٍ"[٥] ناقلاً عن "المستصفى"[٦]: واعلمْ أنَّ بيِّنةَ الإعسارِ إنَّما تُقبَلُ إذا قالوا: إنَّه كثيرُ العِيالِ وضَيِّقُ الحالِ، أمّا إذا قالوا: لا مالَ له لا تُقبَلُ)) اهـ.

[٢٦٢٢٤] (قولُهُ: فتُقدَّمُ) الأَولى حذفُ الفاءِ، "ط"[٧].

[٢٦٢٢٥] (قولُهُ: قُبِلَتْ) لأنَّ المقصودَ مِنها دَوامُ الحَبْسِ عليه، "بحر"[٨] عن "البزّازيَّة"[٩].

[٢٦٢٢٦] (قولُهُ: وإلاّ إلخ) أي: بأنْ بَيَّنُوا مقدارَ ما يَملِكُ لم يُمكِنْ[١٠] قَبُولُها.

[٢٦٢٢٧] (قولُهُ: لأنَّها قامَتْ للمحبوسِ إلخ) أي: على إثباتِ مِلْكِهِ لقَدْرٍ مُعيَّنٍ. قال في "القنية"[١١]: ((وقولُهم ـ أي: الشُّهودِ ـ: إنَّه مُوسِرٌ ليس كذلك، فيُقبَلُ)) اهـ.

قلتُ: وحاصلُهُ: أنَّ الشُّهودَ لو قالوا: إنَّه يَملِكُ الشَّيءَ الفلانيَّ مثلاً لا تُقبَلُ؛ لأنَّه يقولُ: لا أَملِكُ شيئاً وهم يَشهَدُون له بأنَّ ذلك الشَّيءَ مِلْكُهُ، والبيِّنةُ لا تُقبَلُ للمُنكِرِ بل تُقبَلُ عليه، وهذه شهادةٌ له صريحاً، وتتضمَّنُ الشَّهادةَ عليه بيسارِهِ وإدامةِ حَبْسِهِ، وإذا بطَلَ الصَّريحُ بطَلَ ما في ضِمْنِهِ،

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٣٧٧/٦.

(٢) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣٢/ب.

(٣) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب الحبس والإفلاس إلخ ق١٣٣/أ بتصرف، نقلاً عن بكر خواهر زاده عن أبي بكر حامد.

(٤) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق١٥٠/أ.

(٥) "أوضح رمز على نظم الكنز": للمقدسي (ت١٠٠٤هـ)، وتقدمت ترجمته ١٠٨/٢.

(٦) "المستصفى" لأبي البركات النسفي (ت٧١٠هـ)، وتقدمت ترجمته ١٩٦/١.

(٧) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٩٠/٣.

(٨) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٤/٦.

(٩) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ـ نوعٌ في المعاملة معه ٢٢٦/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) في "الأصل": ((لم يملك))، وعبارة "القنية": ((لم يكن)).

(١١) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب الحبس والإفلاس إلخ ق١٣٣/أ، نقلاً عن بكر خواهر زاده عن أبي بكر حامد.

قلتُ: وسيجيءُ[1] في الحَجْرِ: أنَّه يُباعُ مالُهُ لدَيْنِهِ عندَهما، وبه يُفتَى، وحينئذٍ فلا يَتَأبَّدُ حَبْسُهُ، فتنبَّهْ. (ولا يُحبَسُ لِما مَضَى مِن نفقةِ زوجتِهِ وولدِهِ) إذا ادَّعَى الفَقْرَ وإنْ قُضِيَ بها؛ لأنَّها ليستْ بدلَ مالٍ ولا لَزِمَتْهُ بعَقْدٍ على ما مَرَّ[2]،..................

بخلافِ قولِهم: إنَّه مُوسِرٌ، فإنَّها شهادةٌ عليه صريحاً، وإنْ كان قولُهم: إنَّه مُوسِرٌ يتضمَّنُ الشَّهادةَ بأنَّه يَملِكُ قَدْرَ الدَّيْنِ أو أكثرَ فإنَّها ليستْ بشهادةٍ له؛ إذ ليس فيها إثباتُ شيءٍ مُعيَّنٍ أو مقدارِ قَدْرِ الدَّيْنِ؛ لأنَّ اليَسارَ أعمُّ، وأيضاً فإنَّها ضِمْنيَّةٌ لا صريحةٌ، بل الصَّريحُ مِنها قَصْدُ إدامةِ حَبْسِهِ، فافهم.

[٢٦٢٢٨] (قولُهُ: وسيجيءُ في الحَجْرِ) قدَّمنا[3] عبارتَهُ فيه.

[٢٦٢٢٩] (قولُهُ: وحينئذٍ فلا يَتَأبَّدُ حَبْسُهُ) أي: على قولِهما، وكذا على قولِهِ إنْ كان مالُهُ غيرَ عقارٍ ولا عَرْضٍ، بل كان مِن الأثمانِ ولو خلافَ جِنْسِ الدَّيْنِ كما قدَّمناهُ[3].

[٢٦٢٣٠] (قولُهُ: ولا يُحبَسُ لِما مَضَى إلخ) اعلمْ أنَّ نفقةَ الزَّوجةِ لا تصيرُ دَيْناً على الزَّوجِ إلاّ بالقضاءِ أو الرِّضا، فإذا مَضَتْ مدَّةٌ قبلَ القضاءِ أو الرِّضا سَقَطَتْ عنه، والمرادُ بالمدَّةِ[4] شهرٌ فأكثرُ، وكذا نفقةُ الولدِ الصَّغيرِ الفقيرِ، وأمّا نفقةُ سائرِ الأقاربِ فإنَّها تسقطُ بالمُضيِّ ولو بعدَ القضاءِ أو الرِّضا، إلاّ إذا كانَتْ مُستدانةً بأَمْرِ قاضٍ فلا تسقُطُ بالمُضيِّ، هذا حاصلُ ما قَدَّمَهُ "الشّارح"[5] في النَّفَقات، لكنَّ ما ذكرَهُ مِن كونِ الصَّغيرِ كالزَّوجةِ نقَلَهُ هناك عن "الزَّيلعيِّ"، وقدَّمنا هناك[6]: أنَّه مُخالِفٌ لإطلاقِ المتونِ والشُّروحِ ولِما صرَّحَ به في "الهداية" و"الذَّخيرة" و"شرح أدب القضاء" و"الخانيَّة": ((مِن أنَّ نفقةَ الولدِ والوالدَينِ والأرحامِ إذا قُضِيَ بها ومَضَتْ مُدَّةٌ سقطَتْ)).

[٢٦٢٣١] (قولُهُ: وإنْ قُضِيَ بها) أفادَ أنَّه إذا لم يُقْضَ بها لا يُحبَسُ بها بالأَولى؛ لأنَّها لم تَصِرْ

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٨٦٦] قوله: ((ليبيعَ مالَه)).

(٢) صـ٣٨٠ـ وما بعدها "در".

(٣) المقولة [٢٦٢١١] قوله: ((وسيجيءُ تمامُهُ في الحجرِ)).

(٤) في "الأصل": ((بالمرأة))، وهو تحريف.

(٥) ١٠/٥٤٤ وما بعدها "در"، و١٠/٦٦٣ وما بعدها "در".

(٦) المقولة [١٦٣٦٢] قوله: ((زادَ الزَّيلعيُّ: والصَّغير)).

حتّى لو بَرْهَنَتْ على يَسارِهِ حُبِسَ بطَلَبِها، (بل يُحبَسُ إذا) بَرْهَنَتْ على يَسارِهِ بطَلَبِها كما لو (أَبَى أنْ يُنفِقَ عليهما) ....

دَيْناً أصلاً، وأمّا إذا قُضِيَ بها ـ ومثلُهُ الرِّضا ـ فلأنَّها ليستْ بدلَ مالٍ ولا مُلتَزَمةً بعَقْدٍ على ما مرَّ[1]، أي: في قولِهِ: ((لا يُحبَسُ في غيرِهِ إن ادَّعَى الفَقْرَ)) كما مرَّ[2] تقريرُهُ.

[٢٦٢٣٢] (قولُهُ: حتّى لو بَرْهَنَتْ إلخ) المناسبُ حذفُهُ والاقتصارُ على ما بعدَهُ لئلاّ يتكرَّرَ.

[٢٦٢٣٣] (قولُهُ: حُبِسَ بطَلَبِها) أي: بطَلَبِها حَبْسَهُ إنْ كانت النَّفقةُ مُقضيّاً بها أو مُتراضًى عليها.

[٢٦٢٣٤] (قولُهُ: كما لو أَبَى أنْ يُنفِقَ عليهما) أي: كما يُحبَسُ المُوسِرُ لو امتَنَعَ مِن [٣/ق٢١٠/ب] الإنفاقِ على زوجتِهِ وولدِهِ الفقيرِ الصَّغيرِ كما في "السِّراج"، وفَهِمَ في "البحر"[3]: ((أنَّه قَيْدٌ احترازيٌّ عن البالغِ الزَّمِنِ الفقيرِ))، وقال[3]: ((وفيه تأمُّلٌ لا يخفى)). قال في "المنح"[4]: ((وليس كذلك، فإنَّه في معنى الصَّغيرِ كما لا يخفى، فيُحبَسُ[5] أبوه إذا امتَنَعَ مِن الإنفاقِ عليه كما هو الظّاهرُ)) اهـ.

وفي "الفتح"[6]: ((ويتحقَّقُ الامتناعُ بأنْ تُقدِّمَهُ في اليوم الثّاني مِن يومِ فَرْضِ النَّفقةِ ـ وإنْ كان مقدارُ النَّفقةِ قليلاً كالدّانِقِ ـ إذا رأى القاضي ذلك، فأمّا بمجرَّدِ فَرْضِها لو طَلَبَتْ حَبْسَهُ لم يَحبسْهُ؛ لأنَّ العُقُوبةَ تُستَحَقُّ بالظُّلْمِ، وهو بالمَنْعِ بعدَ الوُجُوبِ ولم يَتَحقَّقْ، وهذا يقتضي أنَّه إذا لم يَفرِضْ لها ولم يُنفِقِ الزَّوجُ عليها في يومٍ ينبغي إذا قَدَّمَتْهُ في اليومِ الثّاني أنْ يأمُرَهُ بالإنفاقِ، فإنْ رجَعَ فلم يُنفِقْ أوجَعَهُ عُقُوبةً، وإنْ كانتِ النَّفقةُ سَقَطَتْ بعدَ الوُجُوبِ فهو ظالِمٌ لها، وهو قياسُ ما أسلَفناهُ في بابِ القَسْمِ مِن قولِهم: إذا لم يَقسِمْ لها فرافَعَتْهُ يأمُرُهُ بالقَسْمِ وعدمِ الجَوْرِ، فإنْ ذهَبَ ولم يَقسِمْ فرافَعَتْهُ أوجَعَهُ عُقُوبةً وإنْ كان ما ذهَبَ لها مِن الحقِّ لا يُقضَى ويحصُلُ به ضَرَرٌ كبيرٌ)) اهـ.

---

(١) صـ ٣٨٠ـ وما بعدها "در".

(٢) المقولة [٢٦١٦٣] قوله: ((لا يُحبَسُ في غيرِهِ)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١٦.

(٤) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٧/أ.

(٥) عبارة "المنح": ((فيجبر)) بدل ((فيحبس)).

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ فصل في الحبس ٦/٣٨١.

أو على أُصُولِهِ وفُرُوعِهِ، فيُحبَسُ إحياءً لهم، "بحر"[١].

قلتُ: وهل يُحبَسُ لِمَحْرَمِهِ لو أَبَى؟ لم أَرَهُ، وظاهرُ تقييدِهم لا، لكنْ ما مَرَّ عن "الأشباه": ((لا يُضرَبُ المحبوسُ إلاّ في ثلاثٍ)) يُفيدُهُ، فتأمَّلْ عندَ الفَتْوى،....

[٢٦٢٣٥] (قولُهُ: وفُرُوعِهِ) أي: وبقيَّةِ فُرُوعِهِ كالإناثِ والولدِ البالغِ الزَّمِنِ، وهذا بناءٌ على ما مَرَّ[٢] مِن أنَّ الصَّغيرَ غيرُ قَيْدٍ.

[٢٦٢٣٦] (قولُهُ: وهل يُحبَسُ لِمَحْرَمِهِ لو أَبَى؟ لم أَرَهُ) أصلُ التَّوقُّفِ لـ"صاحبِ الشُّرُنبلاليَّة"[٣].

قلتُ: إذا حُبِسَ الأبُ فغيرُهُ بالأَولى، مع أنَّا قدَّمنا[٤] في آخرِ النَّفقاتِ التَّصريحَ بذلك عن "البدائع"، فإنَّه قال: ((ويُحبَسُ في نفقةِ الأقاربِ كالزَّوجاتِ، أمّا غيرُ الأبِ فلا شَكَّ فيه، وأمّا الأبُ فلأنَّ في النَّفقةِ ضرورةَ دَفْعِ الهلاكِ عن الولدِ، ولأنَّها تَسقُطُ بمُضِيِّ الزَّمان، فلو لم يُحبَسْ سقَطَ حَقُّ الولدِ رأساً، فكان في حَبْسِهِ دَفْعُ الهلاكِ واستدراكُ الحَقِّ عن الفَواتِ؛ لأنَّ حَبْسَهُ يَحمِلُهُ على الأداءِ)) اهـ. وقدَّمنا هناك[٤]: أنَّ هذا خلافُ ما عَزاهُ "الشّارحُ" إلى "البدائع".

٤/٣٢٢

[٢٦٢٣٧] (قولُهُ: وظاهرُ تقييدِهم) أي: بالولدِ، فإنَّ عبارةَ "الكنز"[٥] وغيرِهِ: ((ويُحبَسُ الرَّجُلُ بنفقةِ زوجتِهِ لا في دَيْنِ ولدِهِ، إلاّ إذا امتنَعَ مِن الإنفاقِ عليه))، ولا يخفى أنَّها لا تُفيدُ عدمَ الحَبْسِ في نفقةِ غيرِ الولدِ.

[٢٦٢٣٨] (قولُهُ: لكنْ ما مَرَّ) أي: في أوَّلِ الباب[٦].

[٢٦٢٣٩] (قولُهُ: يُفيدُهُ) أي: يُفيدُ حَبْسَهُ بالامتناعِ عن نفقةِ القريبِ المَحْرَمِ، حيث عبَّرَ بالمحبوس.

[٢٦٢٤٠] (قولُهُ: فتأمَّلْ عندَ الفَتْوى) أي: حيث حصَلَ الاضطرابُ في فَهْمِ هذا الحُكْمِ مِن كلامِهم فلا تَعجَلْ في الفَتْوى.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٤/٦ وما بعدها.

(٢) في المقولة السابقة.

(٣) "الشرنبلالية": كتاب القضاء ٤٠٨/٢ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) المقولة [١٦٣٧٤] قوله: ((وفي "البدائع" إلخ)).

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ـ فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره إلخ ٨٧/٢.

(٦) صـ٣٦٥ ـ ٣٦٦ ـ "در".

وسيجيءُ[١] حَبْسُ الوليِّ بدَيْنِ الصَّغير. (لا) يُحبَسُ (أصلٌ) وإنْ علا (في دَيْنِ فَرْعِهِ) بل يَقضِي القاضي دَيْنَهُ..

قلتُ: وبما نَقلناهُ[٢] عن "البدائع" زالَ الاضطرابُ واتَّضَحَ الجوابُ، فافهم.

[٢٦٢٤١] (قولُهُ: وسيجيءُ) أي: في آخرِ البابِ، ويأتي[٣] الكلامُ عليه.

[٢٦٢٤٢] (قولُهُ: لا يُحبَسُ أصلٌ[٤] إلخ) أي: ولو جَدَّ الأُمِّ[٥]؛ لأنَّه لا قِصاصَ عليه بقَتْلِ ولدِ بنتِهِ، فكذا لا يُحبَسُ بدَيْنِه. وقيَّدَ بالأصلِ لأنَّ الولدَ يُحبَسُ بدَيْنِ أصلِهِ، وكذا القريبُ بدَيْنِ قريبِهِ كما في "الخانيَّة"[٦]، "بحر"[٧]. وسيذكرُ "الشّارحُ" آخرَ البابِ[٨] نَظْماً جماعةً مِمَّن لا يُحبَسُ، وسيأتي[٩] عِدَّتُهم عشرةً.

[٢٦٢٤٣] (قولُهُ: بل يَقضِي القاضي إلخ) أفادَ أنَّه لا فَرْقَ في عدمِ الحَبْسِ بينَ المُوسِرِ والمُعسِرِ، لكنْ يبيعُ القاضي مالَ الأبِ لقضاءِ دَيْنِ ابنِهِ إذا امتَنَعَ؛ لأنَّه لا طريقَ له إلاّ البيعُ، وإلاّ ضاعَ، أفادَهُ في "البحر"[١٠]. وذكَرَ في "جواهر الفتاوى": ((لا يُحبَسُ الأبُ إلاّ إذا تَمرَّدَ على الحاكمِ)) اهـ. لكنْ ما ذَكَرَ: ((مِن أنَّ القاضيَ يَقضِي دَيْنَهُ)) يُغني عن حَبْسِهِ، ذكرَهُ "الرَّمليُّ" عن "المصنِّف"[١١].

(قولُهُ: لكنْ ما ذَكَرَ: ((مِن أنَّ القاضيَ يَقضِي دَيْنَهُ)) يُغني عن حَبْسِهِ) قد يقالُ: إنَّه مع التَّمرُّدِ لا يَتيسَّرُ للقاضي أداءُ الدَّيْنِ، فاحتاجَ حينَئذٍ للحَبْسِ، أو هو للتَّمرُّدِ.

---

(١) صـ٥٢٧ـ "در".

(٢) المقولة [٢٦٢٣٦] قوله: ((وهل يُحبَسُ لِمَحْرمِهِ لو أبى؟ لم أرَهُ)).

(٣) المقولة [٢٦٤٥٩] قوله: ((يُحبَسُ الوليُّ إلخ)).

(٤) في "م": ((أهل))، وهو خطأ.

(٥) في "الأصل": ((ولو جدّاً لأمٍّ)).

(٦) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٣٧٤/٢ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية")

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٨) صـ٥٢٨ـ وما بعدها "در".

(٩) المقولة [٢٦٤٧٣] قوله: ((ومُعسِرٌ)).

(١٠) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(١١) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٧/أ.

مِن عَيْنِ مالِهِ أو قِيْمتِهِ، والصَّحيحُ عندَهما بَيْعُ عَقارِهِ كمَنْقولِهِ، "بحر"[١]، فليُحفَظْ.
(ولا يَستخلِفُ قاضٍ) نائباً.......................................

[٢٦٢٤٤] (قولُهُ: مِن عَيْنِ مالِهِ) أي: إنْ كان مِن جِنْسِ الدَّيْنِ، وقولُهُ: ((أو قِيْمتِهِ)) أي: إنْ كان مِن غيرِ جِنْسِهِ كما لو كان الدَّيْنُ دراهمَ والمالُ دنانيرَ، فتُباعُ الدَّنانيرُ بالدَّراهمِ ويُقضَى بها الدَّيْنُ عند "الإمام" و"صاحبيه".

[٢٦٢٤٥] (قولُهُ: والصَّحيحُ إلخ) مُقابِلُهُ أنَّه يبيعُ عندَهما المنقولَ دونَ العقارِ، وأمّا عندَهُ فلا يبيعُ المنقولَ ولا العقارَ، وقدَّمنا[٢] أنَّ المفتى به قولُهما.

مطلبٌ في استخلافِ القاضي نائباً عنه

[٢٦٢٤٦] (قولُهُ: ولا يَستخلِفُ قاضٍ إلخ) أي: ولو بعُذْرٍ، "بحر"[٣] عن "العناية"[٤]. فدخَلَ فيه ما لو وَقَعَتْ له حادثةٌ، فلا يَستخلِفُ بلا تَفْويضٍ، ففي "البحر"[٥] عن [٣/ق٢١١/أ] "السِّراجيَّة"[٦]: ((القاضي إذا وَقَعَتْ له حادثةٌ أو لولدِهِ، فأنابَ غيرَهُ وكان مِن أهلِ الإنابةِ، وتَخاصَما عندَهُ، وقَضَى له أو لولدِهِ جاز))، ثمَّ قال[٧]: ((وقد سُئِلْتُ عن صحَّةِ توليةِ القاضي ابنَهُ قاضياً حيث كان مأذوناً له بالاستخلافِ، فأَجَبْتُ بـ: نعم))، وشَمِلَ إطلاقُهُ الاستخلافَ ما إذا كان مذهبُ الخليفةِ مُوافِقاً لمذهبِهِ أو مُخالِفاً، ثمَّ قال[٧]: ((وظاهرُ إطلاقِهِم أنَّ المأذونَ له بالاستخلافِ يَملِكُهُ قبلَ الوُصُولِ إلى محلِّ قضائِهِ، وقد جرَتْ عادتُهم بذلك، وسُئِلْتُ عنه فأَجَبْتُ بذلك)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٦/٣١٥.
(٢) المقولة [٢٦٢١١] قوله: ((وسيجيءُ تمامُهُ في الحَجْرِ)).
(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٦.
(٤) "العناية": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٩١ (هامش "فتح القدير").
(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٦.
(٦) "الفتاوى السراجية": كتاب القضاء ـ باب مايجوز من القضاء وما لا يجوز ٢/٢٦١ ـ ٢٦٢ (هامش "فتاوى قاضي خان").
(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٧.

(إلاّ إذا فُوِّضَ إليه) صريحاً كـ: وَلِّ مَن شئتَ، أو دِلالةً كـ: جَعَلْتُكَ قاضيَ القضاةِ، والدِّلالةُ هنا أقوى؛ لأنَّ في الصَّريحِ المذكورِ يَملِكُ الاستخلافَ لا العَزْلَ، وفي الدِّلالةِ يَملِكُهما كقولِهِ: وَلِّ مَن شئتَ واستَبدِلْ، ....

ثمَّ نقَلَ[1] عن "شرح أدب القضاء": ((أنَّه ذكَرَ في موضعٍ[2]: أنَّ القاضيَ إنما يصيرُ قاضياً إذا بلَغَ إلى الموضعِ، ألا ترى أنَّ الأوَّلَ لا يَنعَزِلُ ما لم يَبلُغْ هو البلدَ؟ وفي موضعٍ آخرَ[3]: ينبغي له أنْ يُقدِّمَ نائبَهُ قبلَ وُصُولِهِ ليَتَعرَّفَ عن أحوالِ النّاس اهـ. فالأوَّلُ يفيدُ أنَّه لا يَملِكُهُ قبلَ وُصُولِهِ، إلاّ أنْ يُقالَ: إنَّ قاضيَ القضاةِ مأذونٌ بذلك مِن السُّلطانِ، وهو الواقعُ الآن)) اهـ مُلخَّصاً.

قلتُ: وما نقَلَهُ ثانياً صريحٌ في أنَّ له الإنابةَ قبلَ وُصُولِهِ، والتَّعليلُ بالتَّعرُّفِ عن أحوالِ النّاسِ لا يُنافي أنَّ للنّائبِ القضاءَ قبلَ وُصُولِ المُنِيبِ؛ لأنَّ التَّعرُّفَ يكونُ بالقضاءِ، فحينئذٍ إذا وصَلَ نائبُهُ فالظّاهرُ انعِزالُ الأوَّلِ؛ لأنَّ النّائبَ قائمٌ مَقامَ المُنِيبِ، وقد علَّلوا لعدمِ انعِزالِ الأوَّلِ قبلَ وُصُولِ الثّاني بصيانةِ المسلمين عن تَعْطيلِ قضاياهم، وبوُصُولِ نائبِ الثّاني لا تَتعطَّلُ قضاياهم، وحيث كان الواقعُ الآنَ هو الإذنَ مِن السُّلطانِ فلا كلامَ، وبه اندفَعَ ما قيلَ[4]: إنَّه لا يُعوَّلُ على ما أفتى به في "البحر".

[٢٦٢٤٧] (قولُهُ: إلاّ إذا فُوِّضَ إليه) ومثلُهُ نائبُ القاضي. قال في "البحر"[5]: ((وفي "الخلاصة"[6]: الخليفةُ إذا أَذِنَ للقاضي في الاستخلافِ فاستخلَفَ رجلاً وأَذِنَ له في الاستخلافِ جازَ له الاستخلافُ ثُمَّ وثُمَّ)) اهـ.

[٢٦٢٤٨] (قولُهُ: كقولِهِ: وَلِّ مَن شئتَ واستَبدِلْ) هذا تنظيرٌ لا تمثيلٌ، أي: فإنَّه في الدِّلالةِ يَملِكُ الاستخلافَ والعَزْلَ نظيرَ ما لو صَرَّحَ بهما.

---

(١) أي: صاحبُ "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٧.

(٢) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس عشر في القاضي يولى القضاء إلخ ٧١/٢.

(٣) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس في قبض المحاضر من ديوان القاضي المعزول إلخ ٢٩٣/١ ـ ٢٩٤.

(٤) القائل هو أبو السعود في "حاشيته"، كما ذكر ابن عابدين في حاشية "منحة الخالق" ٧/٧، وانظر "فتح المعين" ٣٥/٣.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧.

(٦) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع في حكم القاضي ـ جنس آخر ق٢٠٢/أ.

أو استَخلِفْ مَن شئتَ، فإنَّ قاضيَ القضاةِ هو الـذي يَتصـرَّفُ فيهـم مُطلقـاً تقليـداً وعَزْلاً، (بخلافِ المأمورِ بإقامةِ الجمعةِ) فإنَّه يَستخلِفُ بلا تَفْويضٍ ....

[٢٦٢٤٩] (قولُهُ: أو استَخلِفْ مَن شئتَ) لا يصحُّ عطفُهُ على قولِـه: ((واسـتَبدِلْ))؛ لأنَّـه يقتضي أنَّه لو قال: وَلِّ مَنْ شئتَ واستَخلِفْ مَن شئتَ يَملِكُ العَزْلَ أيضاً، وليس كذلك؛ لأنَّ ((استَخلِفْ)) بمعنى: ((وَلِّ))، بل نَصَّ في "البحر"[(١)] في هـذه الصُّـورةِ: ((علـى أنَّـه لا يَملِـكُ العَـزْلَ))، فتعيَّـنَ عطفُـهُ علـى قولِـهِ: ((وَلِّ))، وعليـه فكـان المناسـبُ أنْ يقـولَ: كقولِــهِ: وَلِّ أو استَخلِفْ مَن شئتَ واستَبدِلْ.

[٢٦٢٥٠] (قولُـهُ: فـإنَّ قـاضيَ القضـاةِ إلـخ) في موضـعِ التَّعليـل لقولِـهِ: ((وفي الدِّلالــةِ يَملِكُهما[(٢)])).

[٢٦٢٥١] (قولُهُ: فيهم) أي: في القضاةِ.

[٢٦٢٥٢] (قولُهُ: تقليداً وعَزْلاً) تفسيرٌ للإطلاقِ.

[٢٦٢٥٣] (قولُهُ: فإنَّه يَستخلِفُ بلا تَفْويضٍ) فإنْ كان قبلَ شُرُوعِهِ لِحَدَثٍ أصابَهُ لم يَجُـزْ أنْ يَستخلِفَ إلاّ مَن كان شَهِدَ الخُطبةَ، وإنْ بعدَ الشُّروعِ فاستخلَفَ مَن لم يَشهَدْها جـاز، "نهـر"[(٣)]، أي: لأنَّـه بـانٍ وليـس بِمُفتتِـحٍ، والخُطبـةُ شرطُ الافتتـاحِ، وقـد وُجِـدَ في حَـقِّ الأصـلِ، "فتـح"[(٤)]. واعتُرِضَ بما لو استخلَفَ شخصاً لم يَشهَدِ الخُطبةَ ثمَّ أفسَدَ صلاتَهُ ثمَّ افتتَحَ بهمُ الجمعةَ فإنَّه يجـوزُ، وأُجيـبَ: بأنَّـه لَمّـا صَـحَّ شُرُوعُهُ فيهـا وصـار خليفـةً لـلأوَّلِ التَحـقَ بِمَـن شَـهِدَها، واسـتظهَرَ في "العناية"[(٥)] الجوابَ بإلحاقِهِ بالباني؛ لتقدُّمِ شُرُوعِهِ فيها.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧.

(٢) في "آ" و"م": ((يملكها))، وهو خطأ.

(٣) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٤/ب.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٩١.

(٥) "العناية": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٩١ (هامش "فتح القدير").

للإذنِ دِلالةً، "ابن ملكٍ" وغيره. وما ذكرَهُ "منلا خسرو" قال في "البحر"[(١)]: ((لا أصلَ له، وإنّما هو فَهْمٌ فَهِمَهُ مِن بعضِ العباراتِ))، وقد مَرَّ في الجمعة. ....

[٢٦٢٥٤] (قولُهُ: للإذنِ دِلالةً) لأنَّ المُولّيَ عالِمٌ بتَوَقُّتِها[(٢)]، وأنَّه إذا عرَضَ عارِضٌ فاتَتْ لا إلى خَلَفٍ، ومعلومٌ أنَّ الإنسانَ غَرَضٌ للأعراض❖، "فتح"[(٣)]. قال في "النَّهر"[(٤)]: ((وهو ظاهرٌ في جوازِ الاستخلافِ للمرضِ ونحوِهِ، وتقييدُ "الزَّيلعيِّ"[(٥)] بالحَدَثِ لا دليلَ عليه، وقدَّمنا في الجمعةِ مسألةَ الاستنابةِ بغيرِ عذرٍ، فارجِعْ إليه)) اهـ. ٣٢٣/٤

وحاصلُ ما مَرَّ[(٦)] في الجمعة: أنَّه قيل: لا يصحُّ الاستِخلافُ بلا إذنِ السُّلطان إلاّ إذا سَبَقَهُ الحَدَثُ فيها، وقيل: إنْ لضرورةٍ جازَ ـ أي: لِحَدَثٍ أو غيرِهِ ـ وإلاّ فلا، وقيل: يجوزُ مُطلقاً، وعليه مشى في "شرح المنية" و"البحر" و"النَّهر"، وكذا "الشُّرُنبلاليُّ" [٣/ق٢١١/ب] و"المصنِّفُ" و"الشّارح".

[٢٦٢٥٥] (قولُهُ: وما ذكرَهُ "منلا خسرو") أي: في "الدُّرر والغرر"[(٧)] مِن باب الجمعة: ((مِن أنَّه لا يَستخلِفُ للصَّلاةِ ابتداءً، بل بعدَما أحدَثَ إلاّ إذا كان مأذوناً مِن السُّلطانِ بالاستخلافِ)) اهـ. وهو ما مَرَّ[(٨)] عن "الزَّيلعيِّ".

[٢٦٢٥٦] (قولُهُ: وقد مَرَّ في الجمعة) ومَرَّ أيضاً هناك[(٩)] عن العلاّمةِ "محبِّ الدِّينِ بن جُرُباشٍ" في "النُّجعةِ في تعدادِ الجمعة": ((أنَّ إذنَ السُّلطانِ بإقامةِ الخُطبةِ شرطٌ أوَّلَ مرَّةٍ

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨/٧.

(٢) في "آ": ((بتوقيتها)).

❖ قوله: ((غَرَضٌ للأعراض)) الأوّلُ بالغين المعجمة، وهو الهدف الذي يُرمَى إليه، والثاني بالمهملة، جمعُ عَرَض بمعنى عارض، فالإنسانُ مشبَّهٌ بالهدف والأعراضُ مشبَّهةٌ بالسهام. اهـ منه.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٩١/٦ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٤/ب.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٧/٤.

(٦) المقولة [٦٧٠٤] قوله: ((واختُلِفَ إلخ)) وما بعدها.

(٧) "الدرر والغرر": كتاب الصلاة ١٣٩/١ بتصرف.

(٨) في المقولة السابقة.

(٩) ١٥/٥ وما بعدها "در".

(نائبُ القاضي المُفوَّضِ إليه الاستنابةُ) فقط لا العَزْلُ (نائبٌ عن الأصلِ) وهو السُّلطانُ، وحينئذٍ (فلا) يَملِكُ أنْ (يَعزِلَهُ القاضي بغيرِ تَفْويضٍ مِنه) للعَزْلِ أيضاً كوكيلٍ وَكَّلَ، (و) كذا (لا يَنعزِلُ) أيضاً (بعَزْلِهِ)..............................

للباني، فيكونُ الإذنُ مُنسحِباً لتوليةِ النُّظّارِ الخطباءَ وإقامةِ الخطيبِ نائباً، ولا يُشترَطُ الإذنُ لكلِّ خطيبٍ)) اهـ "بحر"[١]. وقدَّمنا هناك[٢] نحوَهُ عن "فتاوى ابن الشِّلْبيِّ"[٣]. وذكرنا هناك: أنَّ معناه: أنَّ إذنَ السُّلطانِ شرطٌ في أوَّلِ مرَّةٍ، فإذا أَذِنَ لشخصٍ بإقامتِها كان له الإذنُ لآخرَ، وللآخرِ الإذنُ لآخرَ وهكذا، وليس المرادُ أنَّ إذنَ السُّلطانِ بإقامتِها أوَّلَ مرَّةٍ يكونُ إذناً لكلِّ مَن أرادَ إقامتَها في ذلك المسجدِ بدُونِ إذنٍ مِن السُّلطانِ أو مِن مأذونِهِ كما يُوهِمُهُ ظاهرُ العبارةِ، وتقدَّمَ تمامُهُ فراجعْهُ.

[٢٦٢٥٧] (قولُهُ: المُفوَّضِ إليه) بالجرِّ نعتٌ لـ((القاضي)).

[٢٦٢٥٨] (قولُهُ: بغيرِ تَفْويضٍ مِنه) أي: مِن السُّلطانِ، "درر"[٤].

[٢٦٢٥٩] (قولُهُ: كوكيلٍ وَكَّلَ) أي: بإذنِ المُوكِّلِ، فإنَّه لا يَملِكُ عَزْلَهُ ولا يَنعزِلُ بموتِهِ ويَنعزِلان بموتِ المُوكِّلِ، بخلافِ الوصيِّ حيث يَملِكُ الإيصاءَ إلى غيرِهِ ويَملِكُ التَّوكيلَ والعَزْلَ في حياتِهِ؛ لرضا المُوصِي بذلك دِلالةً؛ لعجزِهِ، "بحر"[٥].

[٢٦٢٦٠] (قولُهُ: وكذا لا يَنعزِلُ أيضاً بعَزْلِهِ) أي: لا يَنعزِلُ النّائبُ بعَزْلِ القاضي، أي: بعَزْلِ السُّلطانِ له.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٨.

(٢) المقولة [٦٧١٥] قوله: ((إنما يُشترَطُ الإذنُ إلخ)).

(٣) في "ب" و"م": ((ابن الجلبي))، وتقدم ١٥/٥٨٧ النقل عن "جدِّ المتار" أنَّ الصواب: ((الشِّلْبي)) بالشين، وتقدمت ترجمة "فتاوى ابن الشلبي" ١/٤٦٨.

(٤) "الدرر والغرر": كتاب الصلاة ـ باب صلاة الجمعة ١/١٣٩.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٦.

ولا بموتِهِ ولا بموتِ السُّلطانِ، بل بعَزْلِـهِ، "زيلعـيّ"[1]، و"عينـيّ"[2]، و"ابـن ملـكٍ"، وغـيرهم في الوكالـة، واعتمَـدَهُ في "الـدُّرر" و"الملتقـى"، وفي "البزّازيَّـة": ((وعليـه الفَتْوى))، وتمامُهُ في "الأشباه". ....

[٢٦٢٦١] (قولُهُ: ولا بموتِهِ) أي: موتِ[3] القاضي المُستنِيبِ.

[٢٦٢٦٢] (قولُهُ: ولا بموتِ السُّلطانِ) أي: لا يَنعزِلُ النّائبُ به كما لا يَنعزِلُ المُستنِيبُ، بخلافِ موتِ المُوكِّلِ فإنَّه يَنعزِلُ به الوكيلُ، والفَرْقُ ـ كما في وكالةِ "الزَّيلعيِّ"[4] ـ: ((أنَّ السُّلطانَ عاملٌ للمسلمين، فلا يَنعزِلُ بموتِهِ القاضي الذي وَلاّهُ هو أو وَلاّهُ القاضي بإذنِهِ، والمُوكِّلَ عاملٌ لنفسِهِ، فيَنعزِلُ وكيلُهُ بموتِهِ؛ لبُطْلانِ حَقِّه)).

[٢٦٢٦٣] (قولُهُ: بل بعَزْلِهِ) أي: بعَزْلِ السُّلطانِ للنّائب.

[٢٦٢٦٤] (قولُهُ: واعتمَدَهُ في "الدُّرر") أي: في متنِها حيث قال[5]: ((ولا يَنعزِلُ ـ أي: نائبُ القاضي ـ بخروجِهِ ـ أي[6]: القاضي ـ عن القضاء)). وقال في "الملتقى"[7]: ((فنائبُهُ لا يَنعزِلُ بعَزْلِهِ ولا بموتِهِ، بل هو نائبُ السُّلطانِ الأصيلِ)) اهـ. فالضَّميرُ راجعٌ إلى عدمِ عَزْلِ النّائبِ بموتِ القاضي أو بعَزْلِهِ، "ط"[8].

[٢٦٢٦٥] (قولُهُ: وتمامُهُ في "الأشباه") قال فيها[9]: ((فتحرَّرَ مِن ذلك اختلافُ المشايخِ في انعزالِ النّائبِ بعَزْلِ القاضي وموتِهِ. وقولُ "البزّازيِّ"[10]: الفَتْوى على أنَّه لا يَنعزِلُ بعَزْلِ القاضي

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الوكالة ـ فصل: الوكيل بالبيع والشراء إلخ ٢٧٦/٤ بتصرف.

(٢) "رمز الحقائق": كتاب الوكالة ـ باب عزل الوكيل ١٣٢/٢.

(٣) في "آ": ((بموت)).

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الوكالة ـ فصل: الوكيل بالبيع والشراء إلخ ٢٧٦/٤.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٨/٢.

(٦) في "الأصل": ((إلى))، وهو تحريف.

(٧) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء ـ فصل: ويجوز قضاء المرأة ٧٥/٢ بتصرف.

(٨) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٩١/٣.

(٩) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٧٧ـ.

(١٠) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الأول في التقليد ـ نوع آخر ١٣٧/٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

وفي "فتاوى المصنِّف": ((وهذا هو المعتمدُ في المذهب، لا ما ذكرَهُ "ابنُ الغَرْسِ"؛ لمخالفتِهِ للمذهب)). (ونائبُ غيرِهِ) أي: غيرِ المُفوَّضِ إليه[1] (إنْ قَضَى عندَهُ أو) في غَيْبتِهِ و(أجازَهُ) القاضي (صَحَّ) قضاؤُهُ لو أهلاً، ....

يدلُّ على أنَّ الفَتْوى على أنَّه لا يَنعزِلُ بموتِهِ بالأَولى))، ثمَّ نقَلَ[2] عن "التَّتارخانيَّةِ": ((القاضي رسولٌ عن السُّلطانِ في نَصْبِ النُّوّاب)) اهـ "ط"[3].

[٢٦٢٦٦] (قولُهُ: وفي "فتاوى المصنِّف"[4] إلخ) حيث سُئِلَ عمّا ذكرَهُ "ابنُ الغَرْسِ": ((مِن أنَّ نائبَ القاضي في زمانِنا يَنعزِلُ بعَزْلِهِ أو بموتِهِ، فإنَّه نائبُهُ مِن كلِّ وجهٍ))، أجاب: ((لا يُعتمَدُ على ما ذكرَهُ "ابنُ الغَرْسِ"؛ لِمُخالفتِهِ للمذهبِ، فقد نقَلَ الثِّقاتُ أنَّ النائبَ لا يَنعزِلُ بعَزْلِ الأصيلِ ولا بموتِهِ.

قال "الزَّيلعيُّ"[5] مِن كتاب الوكالة: لا يَملِكُ القاضي الاستخلافَ إلاّ بإذنِ الخليفةِ، ثمَّ لا يَنعزِلُ بعَزْلِ القاضي الأوَّلِ ولا بموتِهِ، ويَنعزِلانِ بعَزْلِ الخليفةِ لهما، ولا يَنعزِلانِ بموتِهِ، وهو المعتمدُ في المذهب، ولم نَرَ خلافاً في المسألة، والله سبحانه أعلمُ)) اهـ. لكنَّ الخلافَ موجودٌ كما مَرَّ[6] عن "الأشباه".

[٢٦٢٦٧] (قولُهُ: صَحَّ قضاؤُهُ لو أهلاً) في "التَّتارخانيَّةِ" عن "المحيط"[7]: ((ولو أنَّ السُّلطانَ لم يَأذَنْ لهُ في الاستخلافِ، فأمَرَ رجلاً فحكَمَ بين اثنين لم يَجُزْ حُكمُهُ.

(قولُهُ: لكنَّ الخلافَ موجودٌ إلخ) لكنَّ الظّاهرَ أنَّ مُرادَ "المصنِّف" بقولِهِ: ((ولم نَرَ خلافاً إلخ)) خلافٌ في الاعتمادِ بدليلِ صَدْرِ عبارتِهِ.

---

(١) في "د" و"و": ((له)).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادة والدعاوي صـ٢٧٧ـ.

(٣) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٩١/٣ ـ ١٩٢.

(٤) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب القضاء ق٦١/أ.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب الوكالة ـ فصل الوكيل بالبيع والشراء إلخ ٢٧٦/٤ بتصرف.

(٦) المقولة [٢٦٢٦٥] قوله: ((وتمامُهُ في "الأشباه")).

(٧) "المحيط البرهاني": كتاب القضاء ـ الفصل العشرون فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز ٤/ق٨١/ب.

بل لو قَضَى فُضُوليٌّ أو هو في غيرِ نَوْبَتِهِ وأجازَهُ جازَ؛ لأنَّ المقصودَ حصولُ رأيِهِ، "بحر"[١]. قال[٢]: ((وبه عُلِمَ دخولُ الفُضُوليِّ في القضاء)).

(فرعٌ)

في "الأشباه"[٣] و"المنظومة المحبِّيَّة"[٤]: ((لو فَوَّضَ لعبدٍ ففَوَّضَ لغيرِهِ صَحَّ، ولو حكَمَ بنفسِهِ لم يصحَّ، ولو عَتَقَ فقَضَى صَحَّ، بخلافِ صبيٍّ بلَغَ)). (وإذا رُفِعَ إليه حُكمُ قاضٍ)

ثمَّ إنَّ القاضيَ لو أجازَ ذلك الحُكمَ يُنظَرُ: إنْ كان بحالٍ يجوزُ حُكمُهُ لو كان قاضياً جازَ إمضاءُ القاضي حُكمَهُ، وإنْ كان بحالٍ لا يجوزُ حُكمُهُ لو كان قاضياً يُنظَرُ: إنْ كان مِمَّن يَختلِفُ فيه الفقهاءُ كالمحدودِ في القَذْفِ جازَ إمضاؤُهُ ذلك، وإنْ كان عبداً أو صبيّاً لم يَجُزْ)).

[٢٦٢٦٨] (قولُهُ: بل لو قَضَى فُضُوليٌّ) [٣/ق٢١٢/أ] أي: مِن غيرِ استخلافٍ أصلاً.

[٢٦٢٦٩] (قولُهُ: أو هو) أي: القاضي، كما لو كان مُولًّى في كلِّ أسبوعٍ يومين، فقَضَى في غيرِ اليومين توقَّفَ قضاؤُهُ: فإنْ أجازَهُ في نَوْبَتِهِ جازَ، "جامع الفصولين"[٥].

[٢٦٢٧٠] (قولُهُ: في القضاء) أي: ليس خاصّاً بعَقْدٍ نحوِ البيعِ والنِّكاحِ.

[٢٦٢٧١] (قولُهُ: ففَوَّضَ لغيرِهِ صَحَّ) ظاهِرُهُ: ولو بدُونِ الإذنِ الصَّريحِ؛ لأنَّه مأذونٌ دِلالةً؛ للعِلْمِ بأنَّ قضاءَهُ بنفسِهِ لا يصحُّ، تأمَّلْ.

[٢٦٢٧٢] (قولُهُ: ولو عَتَقَ إلخ) ومثلُهُ لو فَوَّضَ لكافرٍ فأسلَمَ فهو على قضائِهِ عندَ "محمَّدٍ" كما قدَّمناهُ[٦] عندَ قولِهِ: ((أهلُهُ أهلُ الشَّهادة))، وقدَّمنا[٦] هناك وجهَ الفَرْقِ بينَهما وبينَ الصَّبيِّ حيث يَحتاجُ إلى تجديدِ التَّفْويض.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٢ بتصرف.

(٢) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٢.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث: الجمع والفرق ـ أحكام العبيد صـ٣٧١ـ باختصار.

(٤) "المنظومة المحبية": فصل من كتاب القضاء صـ٥٥ـ بتصرف.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل التاسع والثلاثون في المتفرقات في العتق وحرية الأصل ٢/٢٣٦.

(٦) المقولة [٢٥٩٣٤] قوله: ((وأهلُهُ أهلُ الشَّهادةِ)).

خرَجَ المُحكَّمُ، ودخَلَ الميتُ والمعزولُ والمُخالِفُ لرأيِهِ؛ لأنَّه نَكِرةٌ في سِياقِ الشَّرْطِ فتَعُمُّ[1]، فافهم. ....

[٢٦٢٧٣] (قولُهُ: خرَجَ المُحكَّمُ) فإنه إذا رُفِعَ حُكمُهُ إلى قاضٍ أمْضاهُ إنْ وافَقَ مذهبَهُ، وإلاّ أبطَلَهُ؛ لأنَّ حُكمَهُ لا يَرفَعُ خلافاً كما يأتي[2] في التَّحكيم، "ح"[3].

[٢٦٢٧٤] (قولُهُ: ودخَلَ الميتُ إلخ) وكذا قاضي البُغاةِ، فإذا رُفِعَ إلى قاضي العَدْلِ نَفَّذَهُ كما ذكرَهُ "الشّارح" عندَ قولِ "المصنِّف" فيما مرَّ[4]: ((ويجوزُ تقليدُ القضاءِ مِن السُّلطانِ العادلِ والجائرِ وأهلِ البَغْيِ))، وقدَّمنا[5] فيه ثلاثةَ أقوالٍ، وأنَّ المعتمدَ أنَّه يُنفِّذُهُ وافَقَ رأيَهُ أوْ لا، فافهم.

٣٢٤/٤

[٢٦٢٧٥] (قولُهُ: والمُخالِفُ لرأيِهِ) أي: رأيِ القاضي المرفوعِ إليه الحُكمُ، لكنْ فيه تفصيلٌ يأتي قريباً[6]. وأمّا لو كانَ القاضي الأوَّلُ حكَمَ بخلافِ رأيِهِ فسيأتي[7] في قولِ "المصنِّف": ((قَضَى في مُجتهَدٍ فيه إلخ)).

مطلبٌ في عُمُومِ النَّكِرةِ في سِياقِ الشَّرط

[٢٦٢٧٦] (قولُهُ: لأنَّه نَكِرةٌ إلخ) تعليلٌ لقولِهِ: ((ودخَلَ إلخ)) قصَدَ به الرَّدَّ على "الزَّيلعيِّ"[8]، حيث ذكَرَ: ((أنَّ كلامَ "المصنِّفِ" يُوهِمُ اختصاصَهُ بما إذا كان مُوافِقاً لرأيِهِ))، وقد تَبِعَ "الشّارحُ"

---

(١) في "و": ((فيعم)) بالمثناة التحتية.

(٢) صـ٥٤٣ـ وما بعدها "در".

(٣) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٧/ب.

(٤) صـ٣١٦ـ وما بعدها "در".

(٥) المقولة [٢٦٠٤١] قوله: ((نفَّذَهُ)).

(٦) المقولة [٢٦٢٧٧] قوله: ((إذ حُكمُ نفسِهِ قبلَ ذلك)) وما بعدها.

(٧) صـ٤٦٤ـ "در".

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٨/٤ ـ ١٨٩.

(آخرَ[١]) قَيْدٌ اتِّفاقيٌّ؛ إذ حُكمُ نفسِهِ قبل ذلك كذلك، "ابن كمالٍ"............

في هذا التَّعليلِ "صاحبَ البحر"[٢]، وفيه نظرٌ، وكان المناسبُ أنْ يقولَ بَدَلَهُ: لأنَّه مُطلَقٌ عن التَّقييدِ، أمَّا العُمُومُ فممنوعٌ؛ لِما صرَّحُوا به في كتبِ الأصولِ كـ"التَّحرير"[٣] وغيرِهِ مِن أنَّ النَّكِرةَ إنَّما تَعُمُّ نَصّاً إذا وَقَعَتْ في سِياقِ النَّفْيِ، ومِنه وُقُوعُها في الشَّرْطِ المُثبَتِ إذا كان[٤] يميناً؛ لأنَّها تكونُ على النَّفْيِ كقولِهِ: إنْ كَلَّمْتُ رجلاً فعبدي حُرٌّ، فإنَّ الحَلِفَ على نَفْيِهِ، فالمعنى: لا أُكلِّمُ رجلاً، فهي نكرةٌ في سِياقِ النَّفْيِ فتَعُمُّ، ولهذا لا تَعُمُّ في الشَّرْطِ المَنْفِيِّ[٥]، مثل: إنْ لم أُكلِّمْ رجلاً؛ لأنَّه على الإثباتِ، كأنَّه قال: لأُكلِّمَنَّ رجلاً، فلا تَعُمُّ، وأمَّا الشَّرطُ في غيرِ اليمينِ، مثل: إنْ جاءَكَ رجلٌ فأَطعِمْهُ فليس نصّاً في العُمُومِ، ومثلُهُ ما نحن فيه، فافهم.

مطلبٌ: ما يُنفَّذُ مِن القضاء وما لا يُنفَّذُ

[٢٦٢٧٧] (قولُهُ: إذ حُكمُ نفسِهِ قبلَ ذلك) أي: قبلَ الرَّفْعِ إليه ((كذلك)) أي: كحُكمِ قاضٍ آخرَ في أنَّه يُنفِّذُهُ إذا رُفِعَ إليه، ويكونُ هذا رافِعاً للخلافِ فيه، ولا يَحتاجُ في نُفُوذِهِ على المخالِفِ

(قولُهُ: وفيه نظرٌ) ليس الضَّميرُ في ((لأنَّه)) عائداً للقاضي كما في "ط"؛ لأنَّه في "البحر" قال: ((لكونِ الحُكمِ نَكِرةً إلخ))، ولا شكَّ أنَّه نكرةٌ عامَّةٌ؛ لكونِهِ نكرةً مُضافةً فتَعُمُّ، ويُؤكِّدُ بقاءَها على العُمُومِ وُقُوعُها في سِياقِ الشَّرطِ، فهو نظيرُ: إنْ جاءَني غلامُ رجلٍ فعبدي حُرٌّ، فإنَّه يَعتِقُ بمجيءِ أيِّ غلامٍ، بخلافِ: جاءَني غلامُ رجلٍ، فإنَّه لا عُمُومَ له وإنْ كان نَكِرةً مُضافةً؛ لإسنادِ المجيءِ الواقعِ خارجاً إليه، وهو لا يُسنَدُ إلاَّ لخاصٍّ، تأمَّل.

(قولُهُ: ولهذا لا تَعُمُّ في الشَّرْطِ المُثبَتِ إلخ) حقُّهُ: المَنْفِيِّ.

---

(١) في "ب": ((آحر))، بالحاء المهملة، وهو خطأ.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٨.

(٣) "التحرير": المقالة الأولى ـ الفصل الرابع ـ التقسيم الثاني ـ البحث الثالث صـ٧٣ـ.

(٤) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((كانا)).

(٥) في النسخ جميعها: ((المثبت))، وما أثبتناه هو الصواب كما هو معلوم من كتب الأصول، وقد نبَّه عليه الرافعي رحمه الله.

(نَفَّذَهُ) أي: أُلزِمَ الحُكمَ والعملَ بِمُقتضاهُ لو مُجتَهَداً فيه،..................

إلى قاضٍ آخرَ، لكنْ ذكَرَ ذلكَ "ابنُ الغَرْسِ" سؤالاً، وأجابَ عنه: ((بأنَّه لا يصحُّ؛ لأنَّه غيرُ ممكنٍ شرعاً؛ إذِ القاضي لا يَقضِي لنفسِهِ بالإجماعِ، والحُكمُ به حُكمٌ بصحَّةِ فعلِ نفسِهِ، فيَلغُو)) اهـ.

قلتُ: هذا ظاهرٌ بالنِّسبةِ إلى رَفْعِ الخلافِ، أمَّا بالنِّسبةِ إلى مَنْعِ الخَصْمِ وإلزامِهِ به فلا، فتأمَّلْ.

[٢٦٢٧٨] (قولُهُ: نَفَّذَهُ) أي: يجبُ عليه تنفيذُهُ.

[٢٦٢٧٩] (قولُهُ: لو مُجتَهَداً فيه) بنصبِ ((مُجتَهَداً)) خبراً لـ((كان)) المقدَّرةِ بعدَ ((لو))، واسمُها ضميرٌ عائدٌ إلى حُكمِ العائدِ إليه ضميرُ ((نَفَّذَهُ)).

ثمَّ اعلَمْ أنَّهم قَسَّمُوا الحُكمَ ثلاثةَ أقسامٍ:

قسمٌ يُرَدُّ بكلِّ حالٍ، وهو ما خالَفَ النَّصَّ أو الإجماعَ كما يأتي[1].

وقسمٌ يُمضَى بكلِّ حالٍ، وهو الحُكمُ في محلِّ الاجتهادِ، بأنْ يكونَ الخِلافُ في المسألةِ وسببِ القضاءِ، وأمثلتُهُ كثيرةٌ، منها: لو قَضَى بشهادةِ المحدودَيْنِ بالقَذْفِ بعدَ التَّوبةِ وكان يَراهُ كشافعيٍّ، فإذا رُفِعَ إلى قاضٍ آخرَ لا يَراهُ كحنفيٍّ يُمضِيه ولا يُبطِلُهُ، وكذا لو قَضَى لإمراةٍ بشهادةِ زوجِها وآخرَ أجنبيٍّ، فرُفِعَ لِمَن لا يُجيزُ هذه الشَّهادةَ أَمضاهُ؛ لأنَّ الأوَّلَ قَضَى بمُجتَهَدٍ فيه فيَنفُذُ؛ لأنَّ المُجتَهَدَ فيه سببُ القضاءِ، وهو أنَّ شهادةَ هؤلاءِ هل تصيرُ حُجَّةً للحُكمِ أم لا؟ فالخلافُ في المسألةِ وسببِ الحُكمِ لا في نفسِ الحُكمِ، وكذا لو سَمِعَ البيِّنةَ على الغائبِ بلا وكيلٍ عنه وقَضَى بها يَنفُذُ؛ لأنَّ المُجتَهَدَ فيه سببُ القضاءِ، وهو أنَّ [٣/ق٢١٢/ب] البيِّنةَ هل تكونُ حُجَّةً بلا خَصْمٍ حاضرٍ؟ فإذا رآها صَحَّ، وسيأتي[2] اختلافُ التَّرجيحِ في الأخيرةِ.

(قولُهُ: لكنْ ذكَرَ ذلك "ابنُ الغَرْسِ"[3] إلخ) فيه: أنَّ معنى التَّنفيذِ لحُكمِ نفسِهِ إلزامُ الحُكمِ والعملُ بمُقتَضاهُ، وليس في هذا الحُكمُ لنفسِهِ قصداً بل تبعاً، ولا مانعَ مِن ذلك تبعاً كما لو زَوَّجَ اليتيمةَ ثمَّ حَصَلَ تَرافُعٌ في زواجِها فحَكَمَ بصحَّتِهِ، فإنَّه يصحُّ حُكمُهُ وإنْ تَضَمَّنَ الحُكمَ لنفسِهِ، تأمَّلْ.

(قولُهُ: بأنْ يكونَ الخِلافُ في المسألةِ وسببِ القضاءِ) الظَّاهرُ التَّعبيرُ بـ: في، أو يقالُ: إنَّ العطفَ للتَّفسيرِ، تأمَّلْ.

---

(١) صـ٤٣١ - ٤٣٢، و٤٤١- "در".

(٢) صـ٤٦٩- وما بعدها "در".

(٣) في مطبوعة "التقريرات": ((الفرس)) بالفاء، وهو خطأ.

عالِماً باختلافِ الفقهاءِ فيه،.......................................

وقسمٌ اختَلَفُوا فيه، وهو الحُكمُ المُجتَهَدُ فيه، وهو ما يقعُ الخلافُ فيه بعدَ وُجُودِ الحُكمِ، فقيل: يَنْفُذُ، وقيل: يَتَوقَّفُ على إمضاءِ قاضٍ آخرَ، وهو الصَّحيحُ كما في "الزَّيلعيِّ"[(١)] وغيرِهِ، وبه جزَمَ في "الخانيَّة"[(٢)]، وحَكَى "ابنُ الشِّحنة" في "رسالتِهِ" المؤلَّفةِ في الشَّهادةِ على الخطِّ[(٣)] عن "جَدِّهِ" ترجيحَ الأوَّلِ، فإذا رُفِعَ إلى الثَّاني فأَمضاهُ يصيرُ كأنَّ القاضيَ الثَّانيَ حكَمَ في فصلٍ مُجتَهَدٍ فيه، فليس للثَّالثِ نَقْضُهُ، ولو أبطَلَهُ الثَّاني بطَلَ وليس لأحدٍ أنْ يُجيزَهُ، كما لو قَضَى لولدِهِ على أجنبيٍّ، أو لامرأتِهِ، أو كان القاضي محدوداً في قَذْفٍ؛ لأنَّ نفسَ القضاءِ مُختَلَفٌ فيه، وسيُشيرُ "الشّارح"[(٤)] إلى القسمِ الأخيرِ، وتمامُ الكلامِ على ذلك في "رسالةِ ابنِ الشِّحنةِ" المذكورةِ و"البزّازيَّة"[(٥)]، وسيأتي[(٦)] له مَزيدُ تحقيقٍ.

[٢٦٢٨٠] (قولُهُ: عالِماً) حالٌ مِن قولِ "المصنِّف": ((قاضٍ آخَرَ))، وساغَ مَجيءُ الحالِ مِنه وهو نكرةٌ لتَخَصُّصِها بالوصفِ وهو ((آخَرَ))، ولا يصحُّ كونُهُ خبراً بعدَ خبرٍ لـ: كان المقدَّرةِ بعدَ ((لو)) في قولِهِ: ((لو مُجتَهَداً فيه))؛ لأنَّ الضَّميرَ المستترَ فيها عائدٌ إلى الحُكمِ كما عَلِمْتَ، فيَلزَمُ أنْ يكونَ الضَّميرُ المستترُ في ((عالِماً)) عائداً إلى الحُكمِ أيضاً ولا يصحُّ.

مطلبٌ مُهمٌّ في قولِهم: يُشتَرَطُ كونُ القاضي عالِماً باختلافِ الفقهاءِ

[٢٦٢٨١] (قولُهُ: عالِماً باختلافِ الفقهاءِ فيه إلخ) **أقولُ**: ذكَرَ ذلك أيضاً في "البحرِ"[(٧)]،

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٩/٤.

(٢) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب ما يبطل دعوى المدعي إلخ ـ فصل فيما يقضي في المجتهدات إلخ ٤٥٨/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) لم نهتد إليها.

(٤) صـ٤٦٤ـ وما بعدها "در".

(٥) انظر "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ النوع الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ ـ نوع في علمه ١٧٣/٥ ـ ١٧٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) المقولة [٢٦٢٨١] قوله: ((عَالماً باختلافِ الفقهاء فيه إلخ)).

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨/٧.

فلو لم يَعلَمْ لم يَجُزْ قضاؤُهُ، ولا يُمضِيه الثّاني في ظاهرِ المذهب، "زيلعيّ"[١]، و"عينيّ"[٢]، و"ابن كمالٍ". ....

فذكَرَ: ((أنَّ هذا شرطُ نَفاذِ القضاء في ظاهرِ المذهب))، ثمَّ ذكَرَ عبارةَ "الخلاصة"[٣]، ثمَّ قال[٤]: ((والتَّحقيقُ المُعتمَدُ: أنَّ عِلْمَهُ بكونِ ما حَكَمَ به مُجتَهَداً فيه شرطٌ، وأمّا عِلْمُهُ بكونِ المسألةِ اجتهاديَّةً فلا، ويدلُّ عليه ما في "الفتاوى الصُّغرى")) اهـ. ثمَّ ذكَرَ[٥] مسألةَ قضاءِ القاضي مُخالِفاً لرأيِهِ، وأطالَ الكلامَ عليها، وسيذكرُها "المصنِّفُ"[٦] في قولِهِ: ((قَضَى في مُجتَهَدٍ فيه بخلافِ رأيِهِ إلخ))، ويأتي[٧] الكلامُ عليها، وهذه غيرُ مسألةِ اشتراطِ العِلْمِ التي نحن فيها، ولم يُوَفِّها "صاحبُ البحر" حَقَّها حتّى اشتَبَهَتْ على بعضِ المُحشِّينَ، فتكلَّمَ عليها بما قالوه في المسألةِ الثّانيةِ الآتيةِ[٨] مع أنَّهما مسألتان مُتغايرتان، فافهم.

ومسألةُ اشتراطِ العِلْمِ وقَعَ فيها نِزاعٌ، وقد ألَّفَ فيها العلاّمةُ المحقِّقُ الشَّيخُ "قاسمٌ" رسالةً[٩] حاصلُها: ((أنَّ وَضْعَ المسألةِ المذكورةِ في قضاءِ القاضي المُجتهِدِ في حادثةٍ له فيها رأيٌ مُقرَّرٌ قبلَ قضائِهِ في تلك الحادثةِ التي قَصَدَ فيها المُتَّفقَ عليه، فحصَلَ حُكمُهُ في المَحَلِّ المُختلَفِ فيه وهو لا يَعلَمُ، ثمَّ بانَ أنَّ قضاءَهُ هذا على خلافِ رأيِهِ المُقرَّرِ قبلَ هذه الحادثةِ، فحينئذٍ لا يَنفُذُ قضاؤُهُ، وأمّا إذا وافَقَ قضاؤُهُ رأيَهُ في المسألةِ ولم يَعلَمْ حالَ قضائِهِ أنَّ فيها خلافاً فلم يَقُلْ أحدٌ مِن علماءِ الإسلامِ

٣٢٥/٤

(قولُهُ: وأمّا عِلْمُهُ بكونِ المسألةِ اجتهاديَّةً فلا) الأوضحُ التَّعبيرُ بـ: خِلافيَّةً.

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٩/٤ بتصرف.

(٢) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٩٠/٢ بتصرف.

(٣) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي وفي قضاء القاضي بعلمه إلخ ق٢٠١/ب.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨/٧.

(٥) "البحر": كتاب القضاء باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٩/٧.

(٦) صـ٤٦٤ـ "در".

(٧) المقولة [٢٦٣٥١] قوله: ((قضَى في مُجتَهدٍ فيه)).

(٨) في هذه المقولة.

(٩) لم نهتد إليها.

....

بأنّه لا يَنفُذُ قضاؤُهُ خلافاً لِمَن زعَمَ ذلك، وبيانُ ذلك بالنُّصوصِ الصَّريحةِ، مِنها قولُ الإمامِ "حسامِ الدِّين الشَّهيد" في "الفتاوى الصُّغرى": إذا قَضَى في فصلٍ مُجتَهَدٍ فيه وهو لا يَعلَمُ بذلك لا يَنفُذُ، فإنَّه ذكَرَ في "السِّيَرِ الكبير"(١): رجلٌ مات وله مُدبَّرُونَ حتّى عَتَقُوا، ثمَّ جاءَ رجلٌ وأثبَتَ دَيْناً على الميتِ فباعَهم القاضي على ظَنِّ أنَّهم عبيدٌ، وقَضَى بجوازِهِ، ثمَّ ظهَرَ أنَّهم مُدبَّرون كان قضاؤُهُ بذلك باطلاً وإنْ قَضَى في فصلٍ مُجتَهَدٍ فيه، وهو جوازُ بَيْعِ المُدبَّر، لكنْ لَمّا لم يَعلَمْ بذلك كان باطلاً اهـ.

فعُلِمَ أنَّ الضّابطَ أُخِذَ مِن فرعٍ وقَعَ فيه القضاءُ على خلافِ رأيِهِ السّابقِ، وهو أنَّ المُدبَّرَ لا يُباعُ، فلذا كان قضاؤُهُ باطلاً، وعدمُ العِلْمِ دليلُ بقاءِ رأيِهِ السّابقِ، أمّا لو كان عالماً وقَضَى على خِلافِ رأيِهِ السّابقِ حُمِلَ على تَبَدُّلِ اجتهادِهِ، بدليلِ ما في "السِّيَرِ الكبير" في بابِ الفداءِ الذي يرجعُ إلى أهله حيث قال(١): مات وله رقيقٌ وعليه دَيْنٌ كثيرٌ، فباعَ القاضي رقيقَهُ وقَضَى دَيْنَهُ، ثمَّ قامتِ البيِّنةُ لبعضِهم أنَّ مَوْلاهُ كان دَبَّرَهُ فإنَّ بَيْعَ القاضي فيه يكونُ باطلاً، ولو كان القاضي عالِماً بتدبيرِهِ واجتَهَدَ وأبطَلَ [٣/ق٢١٣/أ] تدبيرَهُ لكونِهِ وصيَّةً وباعَهُ في الدَّيْنِ ثمَّ وَلِيَ قاضٍ آخَرُ يَرَى ذلك خطأً فإنَّه يُنفِذُ قضاءَ الأوَّلِ إلخ، فعُلِمَ أنَّ عدمَ النَّفاذِ ليس هو لعدمِ العِلْمِ، بل لكونِهِ بَيْعَ الحُرِّ.

وقال "الحسامُ" أيضاً: قال في كتاب الرُّجُوعِ عن الشَّهادة: إذا قَضَى القاضي بشهادةِ محدودَيْنِ في قَذْفٍ وهو لا يَعلَمُ بذلك، ثمَّ ظهَرَ لا يَنفُذُ قضاؤُهُ. وهو محمولٌ على محدودَيْنِ شَهِدا بعدَ التَّوبةِ كما في قضاء "شرح الجامع"، ومِن المعلومِ أنَّ قضاءَهُ هذا على خلافِ رأيِهِ المُقرَّرِ قبلَ ذلك، فلذا لم يَنفُذْ، فعدمُ النَّفاذِ لعدمِ صحَّةِ الشَّهادةِ لا لعدمِ العِلْمِ، فإذا ظهَرَ أنَّ هذا في قضاءِ القاضي المُجتهِدِ، وأنَّ اعتبارَ العِلْمِ وعدمِهِ إنَّما هو للدِّلالةِ على البقاءِ على الاجتهادِ الأوَّلِ أو تَبدُّلِهِ، وأنَّه لو كان

---

(١) انظر "شرح السير الكبير": باب من الفداء الذي يرجع إلى أهله إذا ظهر المسلمون والذي لا يرجع ٤/١٣٢٦ بتصرف.

لكنْ في "الخلاصة"[(١)]: ((ويُفتي بخلافِهِ))،.........................

على وَفْقِ رأيِهِ نَفَذَ وإنْ لم يَعلَمْ بالخلافِ ظهَرَ لك أنَّ اعتبارَ هذا في القاضي المُقلِّدِ جهالةٌ فاحشةٌ وخَرْقٌ لِما أجمَعَتْ عليه الأُمَّةُ في أنَّ المُقلِّدَ إذا قَضَى بقولِ إمامِهِ مُستوفِياً للشُّرُوطِ نفَذَ قضاؤُهُ سواءٌ عَلِمَ أنَّ في المسألةِ خلافاً أوْ لا، وصار المُختَلَفُ فيه بقضائِهِ مُتَّفَقاً عليه كما صَرَّحَتْ به نصوصُ المُختصَراتِ والمُطوَّلاتِ، وامتَنَعَ نَقْضُهُ بالإجماعِ))، هذا خلاصةُ ما في تلك الرِّسالة.

وحاصلُهُ: أنَّ اشتراطَ كونِ القاضي المُجتهدِ عالماً بالخلافِ إنَّما هو لبيانِ أنَّ الموضعَ المُختَلَفَ فيه الذي لم يَقصِدِ الحُكمَ به لعدمِ عِلْمِهِ به كصحَّةِ بَيْعِ المُدبَّرِ وقَبُولِ شهادةِ المحدودِ لا يصيرُ محكوماً به في ضِمْنِ الحُكمِ الذي قَصَدَهُ، وهو بَيْعُ عبدِ المديونِ لقضاءِ دَيْنِهِ، وقَبُولُ شهادةِ العَدْلِ في الصُّورتَينِ السَّابقتَينِ ونحوُهما؛ إذ لا وجهَ لصيرورتِهِ محكوماً به مع عدمِ عِلْمِهِ به وقَصْدِهِ له ومع كونِهِ مُخالِفاً لرأيِهِ، بخلافِ ما إذا كان عالماً به وقصَدَ الحُكمَ به فإنَّه وإنْ خالَفَ رأيَهُ يصحُّ حُكمُهُ به، ويكونُ ذلك رُجُوعاً عن رأيِهِ السَّابقِ لتَغيُّرِ اجتهادِهِ فيَنفُذُ، وإذا رُفِعَ إلى قاضٍ آخَرَ أمضاهُ، وهذا كلامٌ في غايةِ التَّحقيقِ، وحيث كان هذا هو ظاهرَ الرِّوايةِ فلا يُعدَلُ عنه، وكأنَّ "صاحب الخلاصة" فَهِمَ أنَّ المرادَ اشتراطُ علمِهِ بالخلافِ فيما قَصَدَ الحُكمَ به أو لم يَقصِدْ، فلذا قال[(١)]: ((ويُفتي بخلافِهِ))،

(قولُهُ: وهذا كلامٌ في غايةِ التَّحقيقِ) الظَّاهرُ: أنَّ ما نقلَهُ العلاَّمةُ "قاسمٌ" مِن عدمِ نَفاذِ الحُكمِ مسألةٌ أُخرى، موضوعُها: ما إذا حكَمَ غيرَ عالِمٍ بالمحكومِ به، وأنَّه إذا كان عالِماً به يصحُّ، ويُحمَلُ على تَبدُّلِ رأيِهِ بدُونِ تَحقُّقِ الشَّرطِ الذي ذكرَهُ "الشَّارح"، وهذه طريقةٌ أُخرى غيرُ ما فيه. والمتبادرُ مِن كلامِ "الشَّارح" وغيرِهِ أنَّ موضوعَ المسألةِ ما إذا كان القاضي يَرَى عدمَ بَيْعِ المُدبَّرِ مثلاً، ثمَّ خالَفَ رأيَهُ وحكَمَ بالصِّحَّةِ، فيقالُ: لا يَنفُذُ حُكمُهُ إلاّ إذا عَلِمَ باختلافِ العلماءِ فيه، فإنَّه حينئذٍ يكونُ رُجُوعاً عن رأيِهِ إلى رأيِ غيرِهِ، فيكون رأياً حادثاً له أو تقليداً لغيره فيَنفُذُ، وإذا لم يَعلَمْ ذلك يكونُ باقياً على رأيِهِ بدُونِ تَقليدِ غيرِهِ، فيكونُ مُجازِفاً في حُكمِهِ، فلا يَنفُذُ، هذا هو المفهومُ مِن عباراتِهم في هذه المسألةِ، وحينئذٍ تَرجِعُ هذه المسألةُ لمسألةِ حُكمِ القاضي بخلافِ رأيِهِ كما شَرَحَهُ في "البحر"، فتأمَّل.

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي وفي قضاء القاضي بعلمه إلخ ق٢٠١/ب، معزياً إلى "الصدر الشهيد".

وكأنَّه تيسيراً، فليُحفَظْ بعدَ دَعْوى صحيحةٍ مِن خَصْمٍ على خَصْمٍ حاضرٍ،..........

ولاسيَّما إنْ كان فَهِمَ أيضاً أنَّه شرطٌ في المُجتهِدِ وغيرِهِ؛ إذ لا شَكَّ في عُسْرِ ذلك ولا سيَّما على قُضاةِ زمانِنا، فافهم، والله سبحانه أعلم.

[٢٦٢٨٢] (قولُهُ: بعدَ دَعْوى صحيحةٍ إلخ) الظَّرفُ مُتعلِّقٌ بـ((حُكْمُ)) في قولِهِ: ((حُكمُ قاضٍ))، أو بمحذوفٍ خبرٍ أيضاً لـ: ((كان)) المقدَّرةِ بعدَ ((لو)) في قولِهِ: ((لو مُجتَهَداً فيه)). قال في "البحر"[1] أوَّلَ كتابِ القضاء: ((فإنْ فُقِدَ هذا الشَّرْطُ لم يكنْ حُكماً، وإنَّما هو إفتاءٌ صرَّحَ به الإمامُ "السَّرَخسيُّ"[2]، وبأنَّه شَرْطٌ لنَفاذِ القضاءِ في المُجتَهَداتِ. ونقَلَ الشَّيخُ "قاسمٌ" في فَتْواهُ الإجماعَ عليه))، ثمَّ قال هنا في "البحر"[3]: ((فالحاصلُ: أنَّ الحُكمَ المرفوعَ لا بدَّ أنْ يكونَ في حادثةٍ وخُصُومةٍ صحيحةٍ كما صرَّحَ به "العِماديُّ"[4] و"البزّازيُّ"[5]، وقالا: حتّى لو فاتَ هذا الشَّرطُ لا يَنفُذُ القضاءُ؛ لأنَّه فَتْوى اهـ. فلو رُفِعَ إلى حنفيٍّ قضاءُ مالكيٍّ بلا دَعْوى لم يَلتَفِتْ إليه، ويَحكُمُ بمقتضَى مذهبِهِ، ولا بدَّ في إمضاءِ الثّاني لحُكمِ الأوَّلِ مِن الدَّعْوى أيضاً كما سمعتَ)) اهـ، أي: لا بدَّ في حُكمِ الثّاني إذا رُفِعَ إليه حُكمُ الأوَّلِ مِن أنْ يكونَ أيضاً بعدَ دَعْوى صحيحةٍ كما نقلَهُ قبلَهُ عن "البزّازيَّة"، وهذه الدَّعْوى والخُصُومةُ تُسمّى الحادثةَ؛ لِحُدُوثِها عندَ القاضي لِيَحكُمَ بها، بخلافِ ما كان مِن لَوازمِ تلك الحادثةِ، فإنَّه لم يَحدُثْ بدُون الخُصُومةِ فيه، فلذا لم يصحَّ حُكمُهُ به قبلَها كما يأتي بيانُهُ[6] في المُوجَبِ قريباً. ثمَّ اعلمْ أنَّ اشتراطَ تَقدُّمِ الدَّعْوى إنَّما هو في القضاءِ القَصْديِّ القوليِّ دُونَ الضِّمْنيِّ والفعليِّ كما سنُحقِّقُهُ[7] في الفُرُوعِ، وكذا ما تُسمَعُ فيه الدَّعْوى حِسْبةً، ومِنه الوَقْفُ كما يأتي[8] قريباً.

---

(١) "البحر": ٦/٢٧٩.

(٢) "المبسوط": كتاب أدب القاضي ـ ١٦/٨٤، وانظر باب كتاب القاضي إلى القاضي ١٦/٩٧.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٠ باختصار.

(٤) انظر "جامع الفصولين": الفصل الثاني في القضاء في المجتهد فيه ١/٢١.

(٥) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ ـ نوع في علمه ٥/١٦٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) المقولة [٢٦٢٨٩] قوله: ((وقد تعارَفُوا إلخ)).

(٧) المقولة [٢٦٤٤٥] قوله: ((فعلُ القاضِي حُكمٌ إلخ)).

(٨) المقولة [٢٦٢٨٨] قوله: ((لتَرْكِ ما ذُكِرَ)).

وإلاّ كان إفتاءً، فيَحكُمُ بمذهبِهِ لا غيرِ، "بحر"[1]. وسيجيءُ آخِرَ الكتابِ، وأنّه إذا ارتـابَ في حُكمِ الأوَّلِ له طلبُ شُهُودِ الأصلِ، قال: ((وبه عُرِفَ أنَّ تَنافِيْذَ زمانِنا لا تُعتَبَرُ))؛

[٢٦٢٨٣] (قولُهُ: وإلاّ) أي: وإنْ لم يكنْ حُكمُ الأوَّلِ [٣/ق٢١٣/ب] بعدَ دَعْوى صحيحـةٍ لم يكنْ قضاءً صحيحاً، بل ((كان إفتاءً))، أي: بياناً لحُكمِ الحادثةِ، وإذا كان إفتاءً لـم يَـلزَمِ القاضيَ الثّانيَ تَنْفيذُهُ، بل يَحكُمُ بمقتضَى مذهبِهِ وافَقَ حُكمَ الأوَّلِ أو خالَفَهُ، فافهم. ٤/٣٢٦

[٢٦٢٨٤] (قولُهُ: وسيجيءُ آخِرَ الكتابِ) أي: في مسائلَ شتّى قُبيلَ الفرائـضِ[2]. وحاصلُـهُ ما قدَّمناهُ[3] عن "البحر".

[٢٦٢٨٥] (قولُهُ: وأنّه إذا ارتابَ إلخ) عطفٌ على الضَّميرِ المستترِ في ((سيجيءُ))، فإنَّ هـذا الحُكمَ مذكورٌ هناك[4] أيضاً. اهـ "ح"[5]. لكنَّ هذا ذكـرَهُ في "البحـر"[6]، وقـال في "النّهـر"[7]: ((ولم أَجِدْهُ لغيرِهِ))، وتَبِعَهُ "الحَمَويُّ"، "ط"[8].

[٢٦٢٨٦] (قولُهُ: قال[9]) أي: "صاحبُ البحر"[10]، وسبَقَهُ إلى ذلك العلاّمةُ "ابنُ الغَرْسِ".

[٢٦٢٨٧] (قولُهُ: وبه عُرِفَ) أي: بما ذُكِرَ، فإنّه أفادَ أنَّ شَرْطَ صحَّةِ الحُكـمِ كونُـهُ بعـدَ دَعْوى صحيحةٍ إلخ.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٠ بتصرف.

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٩٧٢] قوله: ((مُنازِعٍ شرعيٍّ)).

(٣) المقولة [٢٦٢٨٢] قوله: ((بعدَ دَعْوى صحيحةٍ إلخ))

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٩٧٧] قوله: ((إذا ارتابَ)).

(٥) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٧/ب.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٠.

(٧) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٥٣٥/أ.

(٨) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/١٩٣.

(٩) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((وقال)) بالواو.

(١٠) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٠ بتصرف.

لتَرْكِ ما ذُكِرَ، ....

[٢٦٢٨٨] (قولُهُ: لتَرْكِ ما ذُكِرَ) فمُؤَدّاها إحاطةُ القاضي الثّاني عِلْماً بحُكمِ القاضي الأوَّلِ على وجهِ التَّسليمِ له، وأنَّه غيرُ مُعترَضٍ عندَهُ، ويُسمّى اتِّصالاً، ويُتجَوَّزُ بذِكْرِ الثُّبوتِ والتَّنْفيذِ فيه. اهـ "ابن الغَرْس".

قلتُ: وللعلاّمةِ "ابنِ نجيمٍ" صاحبِ "البحر" رسالةٌ في الحُكمِ بلا تَقَدُّمِ الدَّعْوى، وقال في آخرِها[1]: ((واعلمْ أنَّ هذا فيما تُشتَرَطُ فيه الدَّعْوى، وأمّا الوَقْفُ فالصَّحيحُ عدمُ اشتراطِها؛ لكونِهِ حقَّ الله تعالى، فتُقبَلُ البيِّنةُ بلا دَعْوى، ويُحكَمُ به كما في "البزّازيَّة"[2] و"الظَّهيريَّة"[3] و"العماديَّة" وغيرِها، فعلى هذا لا إنكارَ على التَّنافيذِ الواقعةِ في زمانِنا لكُتُبِ الأوقافِ؛ لأنَّ حاصلَها إقامةُ البيِّنةِ على حُكمِ قاضٍ بالوَقْفِ[4]، فقولُهُم: إنَّ التَّنافيذَ في زمانِنا ليسَتْ أحكاماً إنَّما هو في غيرِ الوَقْفِ إلخ)) اهـ مُلخَّصاً.

قلتُ: لكنَّ هذا ظاهرٌ في الوَقْفِ على الفقراءِ وفي إثباتِ مُجرَّدِ كونِهِ وَقْفاً، أمّا كونُهُ موقوفاً على فلانٍ أو فلانٍ وأنَّ الواقفَ شرَطَ كذا أو كذا فهذا حَقُّ عبدٍ، فلا بدَّ فيه مِن دَعْواهُ لإثباتِ حَقِّهِ، وكذا في إثباتِ شُرُوطِهِ كما يُعلَمُ مما ذكرناهُ في كتابِ الوَقْفِ[5]، فتأمَّلْ.

(قولُهُ: وأمّا الوَقْفُ فالصَّحيحُ عدمُ اشتراطِها إلخ) عدمُ اشتراطِهم الدَّعْوى إنَّما هو للحُكمِ بالوَقْفِ، وليس في كلامِهم ما يدلُّ على عدمِ اشتراطِها لتَنْفيذِ هذا الحُكمِ، فبِدُونِ الدَّعْوى يكونُ التَّنْفيذُ خالياً عن الحُكمِ الواقعِ في التَّنافيذِ في الأوقافِ لعدمِ[6] تَقَدُّمِ دَعْوى للحُكمِ، فالإنكارُ ما زالَ وارداً، تأمَّل.

---

(١) الرسالة السابعة والثلاثون فيما يبطل دعوى المُدَّعِي وخصومه صـ٣٠٠ ـ ٣٠١ـ (ضمن "رسائل ابن نجيم").

(٢) "البزازية": كتاب الوقف ـ الفصل السابع في الدعوى والشهادة ٢٨٢/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتاوى الظهيرية": كتاب الوقف ـ القسم الثالث ـ الفصل الأول في دعوى الوقف والشهادة عليه ق٢٢٥/ب.

(٤) أي: بلا تقدم دعوى، كما في "رسائل ابن نجيم".

(٥) المقولة [٢١٦٤١] قوله: ((لكنْ بحثَ فيه "ابنُ الشِّحنةِ" إلخ)).

(٦) عبارة مطبوعة "التقريرات": ((عدم))، وسياق المسألة ـ كما في رسالة ابن نجيم المذكورة ـ يقتضي ما أثبتناه.

وقد تَعارَفُوا في زمانِنا القضاءَ بالمُوجَبِ، ....

مطلبٌ مُهِمٌّ في الحُكمِ بالمُوجَبِ

[٢٦٢٨٩] (قولُهُ: وقد تَعارَفُوا إلخ) هذا مِن مُتعلَّقاتِ اشتراطِ صحَّةِ الدَّعْوى مِن خَصْمٍ على خَصْمٍ حاضرٍ لصحَّةِ القضاءِ.

وبيانُهُ: أنَّه إذا وقَعَ تنازُعٌ في مُوجَبٍ خاصٍّ مِن مَواجِبِ ذلك الشَّيءِ الثَّابتِ عندَ القاضي، ووَقَعَت الدَّعْوى بشُرُوطِها كان حُكماً بذلك المُوجَبِ فقط دُونَ غيرِهِ، فلو أَقَرَّ بوَقْفِ عَقارٍ عندَ القاضي، وشَرَطَ فيه شُرُوطاً وسَلَّمَهُ إلى المُتولِّي، ثمَّ تَنازَعا عندَ القاضي الحنفيِّ في صحَّتِهِ ولُزُومِهِ، فحَكَمَ بهما وبِمُوجَبِهِ لا يكونُ حُكماً بالشُّرُوطِ، فللشّافعيِّ أنْ يَحكُمَ فيها بمقتضَى مذهبِهِ، ولا يَمنَعُهُ حُكمُ الحنفيِّ السّابقِ، وتمامُهُ في "الأشباه"[١].

وذكَرَ في "البحر"[٢]: ((أنَّ القاضيَ إذا قَضَى بشيءٍ في حادثةٍ بعدَ دَعْوى صحيحةٍ لا يكونُ قضاءً فيما هو مِن لَوازِمِهِ))، إلى أنْ "قال"[٣]: ((فقد علمتَ مِن ذلك كثيراً مِن المسائلِ، فإذا قَضَى شافعيٌّ بصحَّةِ بَيْعِ عَقارٍ ومُوجَبِهِ[٤] لا يكونُ حُكماً منه بأنَّه لا شُفْعةَ للجارِ؛ لعدمِ حادِثَتِها، وكذا إذا قَضَى حنفيٌّ لا يكونُ حُكماً بأنَّ الشُّفْعةَ للجارِ وإنْ كانَتِ الشُّفْعةُ مِن مَواجِبِهِ[٥]؛ لأنَّ حادِثَتَها لم توجدْ وقتَ الحُكمِ ولا شُعُورَ للقاضي بها، وكذا إذا قَضَى مالكيٌّ بصحَّةِ التَّعليقِ في اليمينِ المُضافَةِ لا يكونُ حُكماً بأنَّه لا يصحُّ نكاحُ الفُضُوليِّ المُجازِ بالفعلِ؛ لعدمِهِ وقتَهُ[٦]، فافهم، فإنَّ أكثرَ أهلِ زمانِنا عنه غافلون)) اهـ.

---

(١) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الأول: القواعد الكلية ـ النوع الثاني ـ القاعدة الأولى: الاجتهاد لا ينقض بمثله صـ١١٩ـ.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٠.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٠ ـ ١١.

(٤) في هامش "الأصل": ((قوله: ((ومُوجَبِهِ)) هو: خروجُ المَبيعِ من مِلْك البائع ودخولُه في مِلْك المشتري، إلى آخر ما يأتي)).

(٥) في "الأصل": ((مواجبها)).

(٦) في هامش "الأصل": ((قوله: ((لعدمِهِ وقتَه))؛ لأنه لم تُوجَدْ فيه خصومةٌ اهـ)).

....

وكذا قال العلاّمةُ "قاسمٌ": ((أمّا كونُ الحُكمِ حادثةً فاحترازٌ عمّا لم يَحدُثْ بعدُ، كما لو حَكَمَ بِمُوجَبِ إجارةٍ لا يكونُ حُكماً بالفَسْخِ بموتِ أحدِ المُتآجِرَين؛ لأنَّه لم توجدْ فيه خُصُومةٌ)) اهـ.

قلتُ: وقد ظهَرَ مِن هذا أنَّ المرادَ بالمُوجَبِ هنا الذي لا يصحُّ به الحُكمُ هو ما ليس مِن مُقتَضَياتِ العَقْدِ، فالبيعُ الصَّحيحُ مُقتَضاهُ خُرُوجُ المبيعِ عن مِلْكِ البائعِ، ودُخُولُهُ في مِلْكِ المشتري، واستحقاقُ التَّسْليمِ والتَّسَلُّمِ في كلٍّ مِن الثَّمنِ والمُثمَّنِ ونحوُ ذلك، [٣/ق٢١٤/أ] فإنَّ هذه وإنْ كانَتْ مِن مُوجَباتِهِ[1] لكنَّها مُقتَضَياتٌ لازِمةٌ له[2]، فيكونُ الحُكمُ به[3] حُكماً بها[4]، بخلافِ ثُبوتِ الشُّفْعةِ فيه للخَلِيطِ أو للجارِ مثلاً، فإنَّ العَقْدَ لا يقتضِي ذلك، أي: لا يَستلزِمُهُ، فكَمْ مِن بَيْعٍ لا تُطلَبُ فيه الشُّفْعةُ[5]، فهذا يُسمّى مُوجَبَ البيعِ ولا يُسمّى مُقتَضًى، وهذا معنى قولِ بعضِ المُحقِّقِينَ مِن الشّافعيَّةِ[6]: ((إنَّ المُوجَبَ عِبارةٌ عن الأَثَرِ المُترتِّبِ على ذلك الشَّيءِ، وهو والمُقتَضَى مختلفان خلافاً لِمَن زَعَمَ اتِّحادَهُما؛ إذِ المُقتَضَى لا يَنفكُّ والمُوجَبُ قد يَنفكُّ، فالأوَّلُ كانتقالِ المِلْكِ للمُشتري بعدَ لُزُومِ البيعِ، والثّاني كالرَّدِّ بالعَيْبِ، والمُوجَبُ أعمُّ؛ لأنَّه الأَثَرُ اللاّزِمُ سواءٌ كان يَنفَكُّ أوْ لا)) اهـ.

وهذا أحسنُ مِمّا قالَهُ العلاّمةُ "ابنُ الغَرْس": ((مِن أنَّ مُوجَبَ الشَّيءِ ما أَوجَبَهُ ذلك الشَّيءُ واقتَضَاهُ، فالمُوجَبُ والمُقتَضَى في الأصلِ واحدٌ، ولكنْ يَلزَمُ مِن بعضِ الصُّوَرِ أنَّ المُوجَبَ

---

(١) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: من موجَبَاتِ البيع)).

(٢) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: للبيع)).

(٣) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: بالموجَبِ)).

(٤) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: المقتضيات المذكورة)).

(٥) في هامش "الأصل": ((قوله: لا تطلب فيه الشفعة: بأن لم يكنْ عقاراً، أو كان لكنّه ليس فيه خَلِيطٌ، أو ليس له جِوارٌ بأن عَرِيَ عنه مُوجَبُ شفعةٍ فيه)) اهـ.

(٦) "تحفة المحتاج": كتاب القضاء ـ فصل في آداب القضاء وغيرها ١٠/١٤١ بتصرف.

....

في بابِ الحُكمِ أَعمُّ، وهو التَّحقيقُ؛ إذ لو باعَ مُدبَّرَهُ[١] ثمَّ تنازَعا عندَ القاضي الحنفيِّ، فحَكَمَ بمُوجَبِ ذلك البيعِ صَحَّ الحُكمُ، ومَعناهُ الحُكمُ ببُطْلانِ ذلك البيعِ، ومِن المعلومِ أنَّ الشَّيءَ لا يَقتَضِي بُطْلانَ نفسِهِ، فظهَرَ أنَّ الحُكمَ في هذه الصُّورةِ لا يكونُ حُكماً بالمُقتَضَى[٢]، وإلاّ كان باطلاً[٣]، وكانَ للشّافعيِّ نَقْضُهُ والحُكمُ بصحَّةِ البيعِ؛ إذ لا مُقتَضَى للبَيْعِ عندَ الحنفيِّ؛ لأنَّه باطلٌ، ويصحُّ عندَ الحنفيِّ أنْ يُقالَ: مُوجَبُ هذا البيعِ البُطْلانُ)) اهـ مُلخَّصاً.

وإنَّما قلنا: إنَّ ما مَرَّ أحسنُ لأنَّه يَرِدُ على ما قالَهُ "ابنُ الغَرْس" أنَّه كما يُقالُ: إنَّ الشَّيءَ لا يَقتَضِي بُطْلانَ نفسِهِ فكذلك يُقالُ: إنَّه لا يُوجِبُ بُطْلانَ نفسِهِ، فدَعْواهُ أنَّهما في الأَصْلِ بمعنًى واحدٍ، وأنَّ هذا السَّبَبَ هو الدّاعي إلى الفَرْقِ بينَهما هنا غيرُ مُسلَّمٍ.

٤/٣٢٧ **فالظّاهِرُ**: أنَّ الفَرْقَ بينَهما هو اشتراطُ عدمِ الانفِكاكِ في المُقتَضَى لا في المُوجَبِ، فالمُوجَبُ أَعَمُّ، فالحُكمُ بالمُوجَبِ عندَنا لا يصحُّ ما لم يكنْ حادثةً، بأنْ وَقَعَ فيه التَّرافُعُ والتَّنازُعُ عندَ الحاكمِ كما مَرَّ[٤]، فإذا وَقَعَ التَّنازُعُ في صحَّةِ البيعِ ولُزُومِهِ فَحَكَمَ بمُوجَبِ ذلك البيعِ كان حُكماً بصحَّتِهِ وباقي مُقتَضَياتِهِ الشَّرْعيَّةِ التي لا تَنفَكُّ عنه كمِلْكِ المشتري المبيعَ ولُزُومِ دَفْعِهِ الثَّمنَ ونحوِ ذلك، بخلافِ مُوجَبِهِ المُنفَكِّ عنه كاستحقاقِ الجارِ الأَخْذَ بالشُّفْعةِ؛ لعدمِ الحادثةِ كما قلنا.

مطلبٌ: المُوجَبُ على ثلاثةِ أقسامٍ

ثمَّ اعلمْ أنَّ "ابنَ الغَرْس" ذكَرَ: ((أنَّ المُوجَبَ على ثلاثةِ أقسامٍ: لأنَّه إمّا أنْ يكونَ أَمْراً واحداً، أو أُمُوراً يَستلزِمُ بعضُها بعضاً، أوْ لا.

---

(١) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: المدبِّرُ باع مدبَّرَه)).

(٢) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: المبيع من)).

(٣) في هامش "الأصل": ((قوله: وإلا لكان باطلاً: لأن الحنفيَّ لا يصحُّ عنده بيعُ المدبَّرِ، فحينئذٍ يصحُّ للشافعيِّ نقضُه، ويَحكُمُ بصحَّةِ بيعِ المدبَّرِ؛ لأنَّه يراد، ولا يمنعه حكمُ الحنفيِّ السابقِ بصحَّته)) اهـ.

(٤) في هذه المقولة.

....

فالأوَّلُ: كالقضاء بالأَمْلاكِ المُرسَلَةِ والطَّلاقِ والعِتاقِ؛ إذ لا مُوجَبَ لهذا سِوى ثُبُوتِ مِلْكِ الرَّقَبةِ للعَيْنِ، والحُرِّيَّةِ، وانحلالِ قَيْدِ العِصْمةِ.

والثّاني: كما إذا ادَّعَى رَبُّ الدَّيْنِ على الكفيلِ بدَيْنٍ له على الغائبِ المكفُولِ عنه وطالَبَهُ به، فأنكَرَ الدَّيْنَ، فأثبَتَهُ وحُكِمَ بمُوجَبِ ذلك، فالمُوجَبُ هنا[1] أمرانِ: لُزُومُ الدَّيْنِ للغائبِ، ولُزُومُ أدائِهِ على الكفيلِ، والثّاني يَستلزِمُ الأوَّلَ في الثُّبُوتِ.

والثّالث: كما إذا حَكَمَ شافعيٌّ بمُوجَبِ بَيْعِ عَقارٍ اقتَصَرَ الحُكمُ على ما وَقَعَتْ به الدَّعْوى، فلا يكونُ حُكماً بأنّه لا شُفْعةَ للجارِ، وهكذا في نظائرِهِ)). هذا حاصلُ ما قَرَّرَهُ "ابنُ الغَرْس"، وتَبِعَهُ في "النَّهر"[2]، وزادَ عليه قِسْماً رابعاً، لكنَّه يَرجِعُ إلى كونِهِ شَرْطاً للقسمِ الثّاني كما يَظهَرُ بالتَّأمُّلِ لِمَن راجَعَهُ.

(تنبيهٌ)

قدَّمنا[3] آنفاً عن "البحر" عن "فتاوى الشَّيخِ قاسمٍ": ((أنَّه نَقَلَ الإجماعَ على أنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوى الصَّحيحةِ شَرْطٌ لنَفاذِ الحُكمِ))، وأيَّدَ ذلك "صاحبُ البحر"[4] في رسالةٍ أَلَّفَها في ذلك، ثمَّ قال[4]: ((فقد استُفِيدَ مِمّا في هذه الكتبِ المُعتَمَدةِ أنّه لا فَرْقَ بين ما إذا كان القاضي حنفيّاً أو غيرَهُ))، إلى أنْ قال[5]: ((ومِمّا فرَّعتُهُ على أنَّ قضاءَ المُخالِفِ إذا رُفِعَ إلينا فإنّا نُمضِيهِ فيما وَقَعَ حُكمُهُ به لا في غيرِهِ: ما لو قَضَى [٣/ق٢١٤/ب] شافعيٌّ ببيِّنةِ ذي اليَدِ على خارجٍ نازَعَهُ، ثمَّ تنازَعَ ذو اليَدِ وخارجٌ آخرُ عندَ حنفيٍّ فإنّه يَسمَعُ الدَّعْوى، ولا يَمنَعُهُ قضاءُ الشّافعيِّ مِن سماعِها،

---

(١) في "الأصل" و"آ": ((ههنا)).

(٢) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٦/ب.

(٣) المقولة [٢٦٢٨٢] قوله: ((بعدَ دَعْوى صحيحةٍ إلخ)).

(٤) الرسالة السابعة والثلاثون: فيما يبطل دعوى المُدَّعِي وخصومه صـ٢٨٤ـ بتصرف (ضمن "رسائل ابن نجيم").

(٥) الرسالة السابعة والثلاثون: فيما يبطل دعوى المدعي وخصومه صـ٢٩٨ ـ ٢٩٩ـ بتصرف (ضمن "رسائل ابن نجيم").

....

بناءً على أنَّ مذهبَنا أنَّ القضاءَ بالمِلْكِ لا يكونُ قضاءً على الكافَّةِ، بل يَقتَصِرُ على المَقْضِيِّ عليه، وهو الخارِجُ الأوَّلُ وإنْ كان مذهبُ الحاكمِ تَعَدِّيَهُ كما قدَّمناهُ من أنَّ قضاءَ المالكيِّ بغيرِ دَعْوى غيرُ صحيحٍ عندَنا وإنْ صَحَّ عندَهُ، فإذا رُفِعَ إلينا لا نُنْفِذُهُ، وكذلك هنا لا نَتَعرَّضُ لِحُكمِهِ على الخارِجِ الأوَّلِ، وأمّا الثّاني فلم يَقَعْ حُكمُهُ عليه على مُقتَضَى مذهبِنا.

ومِمّا فَرَّعتُهُ: لو حَجَرَ شافعيٌّ على سَفِيهٍ بعدَ دَعْوى صحيحةٍ، ثمَّ رُفِعَتْ إلينا حادثةٌ مِن تَصَرُّفاتِهِ فإنّا نَحكُمُ بمذهبِ "أبي يوسف" و"محمَّدٍ" في الحَجْرِ على السَّفِيهِ، فإنَّهما وإنْ وافَقَا الشّافعيَّ في أَصْلِ الحَجْرِ لم يُوافِقاهُ في أنَّه يُؤثِّرُ في كلِّ شيءٍ، وإنَّما يُؤثِّرُ عندَهما فيما يُؤثِّرُ فيه الهَزْلُ، فإذا تَزَوَّجَتِ السَّفِيهةُ التي حَجَرَ عليها شافعيٌّ، ولم يُرفَعْ نكاحُها إليه ولم يُبطِلْهُ بل رُفِعَ إلى حنفيٍّ فله أنْ يَحكُمَ بصحَّتِهِ لو الزَّوجُ كُفْئاً على قولِهِما المُفتَى به، ولا يَمنَعُهُ مذهبُ الحاجِرِ؛ لعدمِ وُجُودِ حادثةِ التَّزوُّجِ وقتَ[1] الحَجْرِ، ولم تكنْ لازمةً للحَجْرِ حتّى تَدخُلَ ضِمْناً؛ لقَبُولِ الانفكاكِ؛ لجوازِ أنْ لا تَتَزوَّجَ المحجورةُ أصلاً، وقد تَوَقَّفَ فيه بعضُ مَن لا اطِّلاعَ له على كلامِهم)) اهـ.

قلتُ: ويُعلَمُ مِنه ما يقعُ الآنَ مِن وُقُوعِ التَّنازُعِ في صحَّةِ الإجارةِ الطَّويلةِ عندَ قاضٍ شافعيٍّ، فيَحكُمُ بصحَّتِها وبعدمِ انفِساخِها بموتٍ ولا غيرِهِ، فإنَّ عدمَ الانفِساخِ بالموتِ لم يَصِرْ حادثةً وقتَ الحُكمِ؛ لأنَّ الموتَ لم يوجدْ وقتَهُ، فللحنفيِّ أنْ يَحكُمَ بالفَسْخِ بالموتِ كما أفتى به في "الخيريَّة"[2]. وذكَرَ "ابنُ الغَرْسِ" مِن هذا القَبِيلِ: ((ما لو وهَبَ ابنَهُ وسَلَّمَهُ العَيْنَ الموهوبةَ، وقَضَى شافعيٌّ بالمُوجَبِ، ثمَّ بعدَ مُدَّةٍ رجَعَ الواهبُ في هِبَتِهِ وتَرافَعا عندَ القاضي الحنفيِّ، فحَكَمَ بُطْلانِ الرُّجُوعِ))، قال: ((وقد حَصَلَ التَّنازُعُ في هذه المسألةِ بينَ أهلِ المذهبَينِ، فقال القاضي الشّافعيُّ: حُكمُ الحنفيِّ باطلٌ؛ لأنِّي حَكَمْتُ قبلَهُ بِمُوجَبِ الهِبَةِ، ومِن مُوجَبِها عندي أنَّ الأبَ

---

(١) في "آ": ((عند)).

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب الإجارة ٢/١١٥.

وهو عِبارةٌ عن المعنى المتعلّق بما أُضِيفَ له[1] في ظَنِّ القاضي شَرْعاً مِن حيث إنّه يَقضِي به، فإذا حكَمَ حنفيٌّ بِمُوجَبِ بَيْعِ المُدبَّرِ كان معناهُ الحكمَ بِبُطْلانِ البيعِ،....

يَملِكُ الرُّجُوعَ، والحُكمُ في الخِلافيَّةِ يَجعَلُها وِفاقيَّةً. وقال القاضي الحنفيُّ: الرُّجُوعُ حادثةٌ مُستقِلَّةٌ وُجِدَتْ بعدَ الحُكمِ الأوَّلِ بمدَّةٍ طويلةٍ، فكيف تَدخُلُ تحتَ حُكمِهِ؟!

وأُجِيبَ فيها: بأنَّ المُوجَبَ هنا أُمورٌ، هي: خُرُوجُ العَيْنِ مِن مِلْكِ الواهِبِ ودُخُولُها في مِلْكِ الموهوبِ له، ومِلْكُ الواهِبِ الرُّجُوعَ إذا كان أباً عندَ الشّافعيِّ، وعدمُهُ عندَ الحنفيِّ، فإنْ كان التَّداعِي عندَ القاضي ليس إلاّ في انتِقالِ العَيْنِ مِن مِلْكِ الواهِبِ إلى مِلْكِ الموهوبِ له اقتَصَرَ القضاءُ بالمُوجَبِ على ذلك، فإذا كان القاضي الأوَّلُ شافعيّاً لا يصيرُ كونُ الأبِ يَملِكُ الرُّجُوعَ محكوماً به، وإذا كان حنفيّاً لا يصيرُ عدمُ مِلْكِهِ ذلك محكوماً به، فللقاضي الثّاني أنْ يَحكُمَ بمذهبِهِ، أي: لأنَّ الأَمْرَ الأوَّلَ لا يَستلزِمُ الأَمْرَ الثّانيَ في الثُّبُوتِ)).

قال: ((فتَبَيَّنَ أنَّ القضاءَ في حُقُوقِ العبادِ يُشترَطُ له الدَّعْوى المُوصِلةُ له شَرْعاً على وجهٍ يَحصُلُ به المُطابَقةُ إلاّ ما كان على سبيلِ الاستلزامِ[2] الشَّرعيِّ، أي: كما في مسألةِ الكفالةِ المارَّةِ[3]، وليس للقاضي أنْ يَتبرَّعَ بالقضاءِ بينَ اثنين فيما لم يَتخاصَما إليه فيه)) اهـ مُلخَّصاً، فاغتَفِرِ التَّطْويلَ في هذا المقامِ، بما حَواهُ مِن الفوائدِ العِظامِ. ٤/٣٢٨

[٢٦٢٩٠] (قولُهُ: وهو عِبارةٌ عن المعنى) أي: كخُرُوجِ المبيعِ مِن مِلْكِ البائعِ، ودُخُولِهِ في مِلْكِ المشتري، ووُجُوبِ التَّسلُّمِ والتَّسْليمِ ونحوِ ذلك مِن مُقتَضَياتِ البيعِ ولَوازِمِهِ، فذلك المعنى المحكومُ به المضافُ إلى البيعِ[4] المُتعلِّقُ به في ظَنِّ القاضي شَرْعاً هو المُوجَبُ هاهنا، وهو الذي اقتَضاهُ عَقْدُ البيعِ، وأمّا الحُكمُ بمُوجَبِ [٣/ق٢١٥/أ] بَيْعِ المُدبَّرِ فهو المعنى الذي أُضِيفَ إلى ذلك البيعِ في ظَنِّ القاضي شَرْعاً، وهو كونُ ذلك البيعِ باطلاً، ولكنَّ هذا المعنى ليس هو مُقتَضَى ذلك البيعِ؛ إذ البيعُ لا يَقتَضِي بُطْلانَ نفسِهِ. اهـ "ابن الغَرْس".

---

(١) في "ب" و"ط": ((إليه)).

(٢) في "آ": ((الإلزام)).

(٣) في هذه المقولة.

(٤) في "م": ((المبيع)).

....

وظَهَرَ مِنه: أنَّ المرادَ بـ((ما)) في قولِهِ: ((بما أُضِيفَ له)) هو البيعُ مثلاً، فإنَّ دُخُولَ المبيعِ في مِلْكِ المشتري مُتعلِّقٌ بذلك البيعِ، ومُضافٌ إليه شَرْعاً في ظَنِّ القاضي، أي: في قَصْدِهِ مِن حيث إنَّه يَقضِي به، أي: يَقْصِدُ القضاءَ به، وكذا غيرُهُ مِن مُقتَضَياتِ البيعِ اللاّزِمةِ له. واحتَرَزَ به عمّا لا يَقْصِدُ القضاءَ به؛ لعدمِ التَّنازُعِ فيه كثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعةِ. وأفادَ أنَّ المُوجَبَ قد يكونُ مُقتَضًى كما مَثَّلنا، وقد يكونُ غيرَ مُقتَضًى كبُطْلانِ بَيْعِ المُدبَّرِ، فإنَّه مُوجَبٌ لا مُقتَضًى على ما قَرَّرَهُ سابقاً[1]، فافهم.

ثمَّ لا يَخفى أنَّ هذا التَّعريفَ مع ما فيه مِن التَّعْقيدِ خاصٌّ بالمُوجَبِ الذي وَقَعَ الحُكمُ به صحيحاً، مع أنَّ المُوجَبَ أَعَمُّ مِنه، فإنَّ المعنى المُتعلِّقَ بذلك البيعِ المضافِ إليه يَصدُقُ على ثُبوتِ حَقِّ الشُّفْعةِ فيه وثُبوتِ رَدِّهِ بخيارِ عَيْبٍ ونحوِ ذلك مِمّا ليس مِن مُقتَضَياتِهِ اللاّزِمةِ له، بدليلِ ما مَرَّ[2] مِن أنَّ المُوجَبَ قد يكونُ أُموراً يَستلزِمُ بعضُها بعضاً أوْ لا يَستلزِمُ، فالأظهرُ والأخصرُ تعريفُهُ بما قدَّمناهُ[2] مِن أنَّه الأَثَرُ المترتِّبُ على ذلك الشَّيءِ، وإنْ أرادَ تخصيصَهُ بما يَقَعُ به الحُكمُ صحيحاً عندنا يَزِيدُ على ذلك قولُنا: إذا صار حادِثةً، فيَخرُجُ ما لا حادِثةَ فيه كما لو حَكَمَ شافعيٌّ بِمُوجَبِ بَيْعٍ بعدَ إنكارِهِ، لا يكونُ حُكماً بثُبُوتِ خِيارِ المجلسِ مثلاً مِمّا ليس مِن لَوازِمِهِ، ومثلُهُ ما قدَّمناه[2] مِن مسألةِ الهِبَةِ وغيرِها، هذا ما ظَهَرَ لي في هذا المحلِّ، فتأمَّلْ.

(قولُهُ: ثمَّ لا يَخفى أنَّ هذا التَّعريفَ مع ما فيه مِن التَّعْقيدِ خاصٌّ بالمُوجَبِ الذي وَقَعَ الحُكمُ به صحيحاً إلخ) ليس في التَّعريفِ ما يَقتضِي تخصيصَ المُوجَبِ بالذي وقَعَ الحُكمُ به صحيحاً، بل هو أعمُّ مِمّا وقَعَ الحكمُ به صحيحاً أوْ لا.

---

(١) صـ٤٢٩ـ "در".

(٢) في المقولة السابقة.

ولو قال المُوثِّقُ: وحكَمَ بمُقتضاهُ لا يصحُّ؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يَقتضِي بُطْلانَ نفسِهِ. وبه ظهَرَ أنَّ الحُكمَ بالمُوجَبِ أَعَمُّ، "نهر"[١]. (إلاّ ما) عَرِيَ عن دليلٍ، "مجمع"، أو (خالَفَ كتاباً) لم يَختلِفْ في تأويلِهِ السَّلَفُ..........

[٢٦٢٩١] (قولُهُ: ولو قال[٢] المُوثِّقُ) هو كاتبُ القاضي الذي يَكتُبُ الوَثِيقةَ، وهي المُسمّاةُ حُجَّةً في زمانِنا.

[٢٦٢٩٢] (قولُهُ: وبه ظهَرَ أنَّ الحُكمَ بالمُوجَبِ أَعَمُّ) أي: مِنَ المُقتضَى، فإنَّ بُطْلانَ بَيْعِ المُدبَّرِ مُوجَبٌ لا مُقتَضًى؛ لِما ذكَرَهُ، فكلُّ مُقتَضًى مُوجَبٌ ولا عكسَ.

والضَّميرُ في ((به)) عائدٌ إلى قولِهِ: ((ولو قال المُوثِّقُ إلخ))، فإنَّ "الشّارحَ" اقتَصَرَ على التَّمْثيلِ ببَيْعِ المُدبَّرِ الذي هو مِن أفرادِ المُوجَبِ ليُنبِّهَ على أنَّ المُوجَبَ لا يَلزَمُ كونُهُ مُقتَضًى، فلا يَرِدُ ما قيل: إنَّ الذي ظهَرَ مِن عبارتِهِ أنَّ بينَهما التَّبايُنَ لا العُمُومَ، فافهم.

[٢٦٢٩٣] (قولُهُ: "مجمع") لم يُمثِّلْ له في "شرحِهِ"، قال "ط"[٣]: ((والمرادُ به ــ كما رأيتُهُ بهامشِهِ ــ نحوُ القضاءِ بسُقوطِ الدَّيْنِ عندَ تَرْكِ المُطالَبةِ به سنين)).

مطلبٌ في الحُكمِ بما خالَفَ الكتابَ أو السُّنَّةَ أو الإجماعَ

[٢٦٢٩٤] (قولُهُ: لم يَختلِفْ في تأويلِهِ السَّلَفُ) الجملةُ صفةُ ((كتاباً))، والمرادُ بـ((السَّلَفُ)): الصَّحابةُ والتّابعون رضي الله تعالى عنهم أجمعين؛ لقولِ "الهدايةِ"[٤]: ((المُعتبَرُ الاختلافُ في الصَّدْرِ الأوَّلِ))[٥]، وهم الصَّحابةُ والتّابعون اهـ.

(قولُهُ: والضَّميرُ في ((به)) عائدٌ إلى قولِهِ: ((ولو قال المُوثِّقُ)) إلخ) لكنْ لا بدَّ مِن مُلاحظةِ تعريفِ المُوجَبِ أيضاً حتّى يَتِمَّ الظُّهُورُ المذكورُ.

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٦/ب.

(٢) في النسخ جميعها: ((فإذا قال))، وما أثبتناه هو الموافق لنسخ الشارح ولقول المحشي في المقولة التي بعدها: ((والضمير في: به عائدٌ إلى قوله: ولو قال الموثق إلخ))، وقد نبَّه على ذلك مصحِّحا "ب" و"م".

(٣) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٩٤/٣.

(٤) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ١٠٧/٣.

(٥) هنا انتهت عبارة "الهداية" كما في مطبوعتها، وما بعده لعله من "شروح الهداية"، فهو في "العناية" ٣٩٧/٦.

كمَتْرُوكِ تسميةٍ[١]، (أو سُنَّةً مشهورةً)..

وعليه فلا يُعتَبَرُ اختلافُ مَن بعدَهم كـ"مالِكٍ" و"الشّافعيِّ"، وسيأتي[٢] أنّه خلافُ الأصحِّ.

[٢٦٢٩٥] (قولُهُ: كمَتْرُوكِ تسميةٍ) أي: عَمْداً، فإنَّه مُخالِفٌ لظاهرِ قولِهِ تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] بناءً على أنَّ الواوَ في قولِهِ: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] للعطفِ، والضَّميرُ راجعٌ إلى مصدرِ الفعلِ الذي دخَلَ عليه حرفُ النَّهيِ، أو إلى الموصولِ، واحتمالُ كونِها حاليَّةً ـ فتكونُ قَيْداً للنَّهيِ ـ رُدَّ بأنَّ التَّأْكيدَ بـ: إنَّ واللّامِ يَنْفيهِ؛ لأنَّ الحالَ في النَّهيِ مَبْناهُ على التَّقْديرِ، كأنَّه قيل: لا تأكلوا مِنه إنْ كان فِسْقاً، فلا يَصلُحُ ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾، بل: وهو فِسْقٌ، ولو سُلِّمَ فلا نُسلِّمُ أنَّه قَيْدٌ للنَّهيِ، بل هو إشارةٌ إلى المعنى المُوْجِبِ له كـ: لا تُهِنْ زيداً وهو أخوك، ولا تَشرَبِ الخَمْرَ وهو حرامٌ عليك، "نهر"[٣] مُوَضَّحاً، وتمامُهُ في "رسالةِ ابن نُجيم"[٤] المؤلَّفةِ في هذه المسألة.

[٢٦٢٩٦] (قولُهُ: أو سُنَّةً مشهورةً) قَيَّدَ بالمشهورةِ احترازاً عن الغريبِ، "زيلعي"[٥]. ولا بدَّ ها هنا مِن تَقْييدِ الكتابِ بأنْ لا يكونَ قَطْعيَّ الدِّلالةِ، وتَقْييدِ السُّنَّةِ بأنْ تكونَ مشهورةً أو مُتواتِرةً غيرَ قَطْعيَّةِ الدِّلالةِ، وإلاّ فمُخالَفةُ المُتواتِرِ [٣/ق٢١٥/ب] مِن كتابٍ أو سُنَّةٍ إذا كان قَطْعيَّ الدِّلالةِ كُفْرٌ، كذا في "التَّلويح"[٦]. وأمّا إذا وَقَعَ الخلافُ في أنَّه مُؤوَّلٌ أو غيرُ مُؤوَّلٍ فلا بدَّ أنْ يَترجَّحَ أحدُ القولين بثُبُوتِ دليلِ التَّأْويلِ، فيَقَعَ الاجتهادُ في بعضِ أَفْرادِ هذا القسمِ أنَّه مِمّا يَسُوغُ فيه الاجتهادُ أم لا، كذا في "الفتح"[٧].

(قولُهُ: أو إلى الموصولِ) على معنى: وإنَّ أَكْلَهُ فِسْقٌ، أو جُعِلَ ما لم يُذكَرْ عليه اسمُ الله مِن نفسِهِ فِسْقاً، "نهر".

(١) في "و": ((التسمية)).

(٢) المقولة [٢٦٢٩٦] قوله: ((أو سُنَّةً مشهورةً)).

(٣) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٥/أ.

(٤) انظر الرسالة السادسة والعشرون: في متروك التسمية عمداً صـ٢١٢ــ وما بعدها (ضمن "رسائل ابن نجيم").

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٩/٤.

(٦) "التلويح": الركن الرابع: القياس ـ العوارض المكتسبة إمَّا في نفسه وإمَّا في غيره ١٨٣/٢.

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٣٩٣/٦ ـ ٣٩٤.

....

وظاهرُ كلامِهم يُعطِي أنَّ آيةَ التَّسميةِ على الذَّبيحةِ لا تَقبَلُ التَّأْويلَ، بل هي نَصٌّ في المُدَّعَى، وفيه نَظَرٌ يَظهَرُ مِمّا مَرَّ، "نهر"[١]، أي: ما مَرَّ[٢] مِن احتمالِ أَوجُهِ الإعرابِ، على أنَّه إذا كان المرادُ مِن النَّصِّ ظَنِّيَّ الدِّلالةِ كما مَرَّ ففي عدمِ نَفاذِ الحُكمِ بِمُعارِضِهِ نَظَرٌ ظاهرٌ كما قالَهُ العلاّمةُ "ابنُ أمير حاجٍّ" في "شرح التَّحرير"[٣]، ثمَّ قال: ((والذي يَظهَرُ: أنَّ القضاءَ بحِلِّ مَتروكِ التَّسميةِ عَمْداً وبشاهدٍ ويمينٍ يَنفُذُ مِن غيرِ تَوَقُّفٍ على إمضاءِ قاضٍ آخَرَ، وبَيْعِ أُمَّهاتِ الأولادِ لا يَنفُذُ ما لم يُمْضِهِ قاضٍ آخَرُ)) اهـ.

قلتُ: لكنْ قد عَلِمتَ أنَّ عدمَ النَّفاذِ في مَتْروكِ التَّسميةِ مبنيٌّ على أنَّه لم يَختلِفْ فيه السَّلَفُ، وأنَّه لا اعتبارَ بوُجُودِ الخلافِ بعدَهم، وحينَئذٍ فلا يُفيدُ احتمالُ الآيةِ أَوْجُهاً مِن الإعرابِ، نَعَمْ على ما يأتي[٤] مِن تصحيحِ اعتبارِ اختلافِ مَن بعدَهم يُقوِّى هذا البحثُ، ويُؤيِّدُهُ ما في "الخلاصة"[٥]: ((مِن أنَّ القضاءَ بحِلِّ مَتْروكِ التَّسميةِ عَمْداً جائزٌ عندَهما لا عند "أبي يوسف"))، وكذا ما في "الفتح"[٦] عن "المنتقى"[٧]: ((مِن أنَّ العِبْرةَ في كونِ المَحَلِّ مُجتهَداً فيه اشتِباهُ الدَّليلِ لا حقيقةُ الخلافِ)). قال في "الفتح"[٨]: ((ولا يَخفى أنَّ كلَّ خِلافٍ بينَنا وبينَ "الشّافعيِّ" أو غيرِهِ مَحَلُّ اشتباهِ الدَّليلِ، فلا يجوزُ نَقْضُهُ بلا تَوَقُّفٍ على كونِهِ بينَ الصَّدْرِ الأوَّلِ))، والذي حَقَّقَهُ في "البحر"[٩]: ((أنَّ "صاحبَ الهداية" أشار إلى القولين، ٣٢٩/٤

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٥/أ بتصرف.

(٢) في المقولة السابقة.

(٣) "التقرير والتحبير": المقالة الثالثة في الاجتهاد وما يتبعه إلخ ـ مسألة: الجبائيُّ ويُنسَبُ إلى المعتزلة: لا حُكْمَ في المسألة الاجتهادية إلخ ٣٢٤/٣.

(٤) المقولة [٢٦٣١٨] قوله: ((الأصحُّ: نَعَمْ)).

(٥) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي وفي قضاء القاضي بعلمه إلخ ق٢٠١/أ.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٣٩٤/٦.

(٧) في "الأصل": (("المبتغى"))، وفي "آ": (("الملتقى"))، وما أثبتناه من "ب" و"م" هو الموافق لعبارة "الفتح".

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٣٩٥/٦ باختصار.

(٩) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٢/٧ ـ ١٣.

كتَحْليلٍ بلا وطءٍ؛ لِمُخالفتِه حديثَ العُسَيْلةِ المشهور* ....

فإنَّه ذكَرَ أوَّلاً[١] عبارةَ "القُدُوريِّ"[٢] ـ وهي: وإذا رُفِعَ إليه حُكْمُ حاكمٍ أَمْضاهُ إلاّ أنْ يُخالِفَ الكتابَ أو السُّنَّةَ أو الإجماعَ ـ وذكَرَ ثانياً[٣] عبارةَ "الجامع الصَّغير"[٤]، وهي: وما اختَلَفَ فيه الفقهاءُ فقَضَى به القاضي، ثمَّ جاءَ قاضٍ آخَرُ يَرَى غيرَ ذلك أَمْضاهُ. فما ذكَرَهُ أصحابُ الفتاوى مِن المسائلِ الآتيةِ التي لا يَنفُذُ فيها قضاءُ القاضي مبنيٌّ على عبارةِ "القُدُوريِّ"، لا على ما في "الجامع"، ومَن قال: لا اعتبارَ بخلافِ "مالكٍ" و"الشّافعيِّ" اعتَمَدَ قولَ "القُدُوريِّ"، ومَن قال باعتبارِه اعتَمَدَ ما في "الجامع". وفي "الواقعاتِ الحُساميَّةِ" عن الفقيهِ "أبي اللَّيث"[٥]: وبه ـ أي: بما في "الجامع" ـ نأخُذُ، لكنْ في "شرح أدب القضاء"[٦]: أنَّ الفَتْوى على ما في "القُدُوريِّ")) اهـ مُلخَّصاً.

فقد ظهَرَ أنَّهما قولان مُصحَّحان، والمتونُ على ما في "القُدُوريِّ"، والأوجهُ ما في "الجامع"، ولذا رَجَّحَهُ في "الفتح" كما يأتي[٧] أيضاً.

[٢٦٢٩٧] (قولُهُ: كتَحْليلٍ بلا وطءٍ) أي: تحليلِ المُطلَّقةِ الثَّلاثِ بِمُجرَّدِ عَقْدِ المُحلِّلِ بلا دُخُولٍ عَمَلاً بقولِ "سعيدٍ"[٨]، "بحر"[٩].

---

(١) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ١٠٧/٣.

(٢) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب أدب القاضي ٨٧/٤ ـ ٨٨.

(٣) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل: ويجوز قضاء المرأة في كلِّ شيء إلا في الحدود والقصاص ١٠٧/٣.

(٤) "الجامع الصغير": كتاب القضاء ـ باب من القضاء صـ٣٩٩ـ.

(٥) لم نعثر على النقل في كتب أبي الليث السَّمرقنديّ التي بين أيدينا.

(٦) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الحادي والأربعون في القاضي ترفع إليه قضية قاض مما ينفذها ١١٩/٣.

(٧) المقولة [٢٦٣٠١] قوله: ((ومِن ذلك ما لو قَضَى بشاهدٍ ويمينٍ)).

(٨) تقدم تخريجه ٨٣٦/١٣.

(٩) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٤/٧.

* روى سفيانُ ويونسُ وشُعيبٌ ومَعمرٌ وعُقَيلٌ وابنُ أبي ذئب وزَمعةُ وابنُ جُريجٍ والوليدُ بن محمَّد المُوَقَّريُّ وأيُّوبُ بن موسى، كلُّهم عن الزُّهريِّ عن عُرْوةَ عن عائشة رضي الله عنها قالت: ((جاءتِ امرأةُ رِفاعةَ القُرَظيِّ إلى النَّبيِّ ﷺ وأنا جالسةٌ وعنده أبو بكرٍ، فقالت: يا رسولَ الله! إنِّي كنتُ عند رِفاعةَ فطلَّقني فَبَتَّ طلاقي، فتزوَّجتُ عبدَ الرَّحمن بن الزَّبير، وإنَّه ما معه مثلُ هُدْبةِ الثَّوب، وأخَذَتْ بهُدْبةِ جلبابها، فتبسَّمَ رسولُ الله ﷺ ضاحكاً، فقال: أتريدين أنْ ترجعي إلى رِفاعةَ؟! لا حتّى تذوقي =

عُسيلتَهُ ويذوقَ عُسيلتَكِ، قالت: وأبو بكرٍ عنده، وخالدُ بن سعيدٍ بالباب ينتظرُ أنْ يُؤْذَنَ له، فنادى يا أبا بكرٍ! ألا تسمَعُ هذه ما تجهَرُ به عند رسولِ الله ﷺ؟!)). زادَ شُعيب: فصارت سُنَّةً بعدَه. وألفاظُهم مُتقاربة.

أخرجه البخاريُّ (٢٦٣٩) في الشَّهادات ـ باب شهادة المُختبئ، و(٥٢٦٠) في الطَّلاق ـ باب مَن جوَّز الطَّلاق الثَّلاث، و(٥٧٩٢) في اللِّباس ـ باب الإزار المُهدَّب، و(٦٠٨٤) في الأدب ـ باب التَّبسُّم والضَّحِك، ومسلمٌ (١٤٣٣) في النِّكاح ـ باب لا تَحِلُّ المُطلَّقة ثلاثاً لمُطلِّقها حتّى تَنكِحَ زوجاً غيرَه، والتِّرمذيُّ (١١١٨) في النِّكاح ـ باب فيمَن يُطلِّق امرأتَه ثلاثاً فيتزوَّجُها آخَرُ، وقال: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، والنَّسائيُّ في "المجتبى"٦/١٤٦ و١٤٧ و١٤٨، و"الكبرى" (٥٦٠١) و(٥٦٠٢) و(٥٦٠٤) في الطَّلاق ـ باب الطَّلاق للتي تَنكِحُ زوجاً، وباب طلاق البَتَّة، وباب إحلال المُطلَّقة ثلاثاً، وابنُ ماجَه (١٩٣٢) في النِّكاح ـ باب الرَّجُل يُطلِّق امرأتَه ثلاثاً فتزوَّجُ فيُطلِّقُها قبلَ أنْ يدخُلَ بها، والشّافعيُّ كما في "مسنده" ٢/٣٤ ـ ٣٥، وسعيدُ بن منصورٍ في "السنن" (١٩٨٥) دون ذكر عُرْوَةَ، وأحمدُ ٦/٣٤ و٣٧ ـ ٣٨ و٢٢٦، وإسحاقُ بن راهَوَيْه (٧١٤)، وعبدُ الرَّزّاق في "المصنَّف" (١١١٣١)، والطَّيالسيُّ (١٤٣٧) و(١٤٧٣)، وابنُ أبي شَيبةَ في "المصنَّف" ٣/٣٧٧، والحُميديُّ (٢٢٨)، والدّارميُّ (٢٢٦٧)، وأبو يَعْلى (٤٤٢٣)، والطَّبريُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠]، وابنُ الجارود في "المنتقى" (٦٨٣)، وأبو عَوانةَ في"مسنده" (٤٣١٨ ـ ٤٣٢٤)، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٨٦٤٠)، و"مسند الشّاميِّين" (٣٠٨٦)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٧/٧٣ مُتَّصلاً بقِصَّة طلاق ابنِ عمرَ، وأبو نُعَيم في "المستخرج" (٣٤٥١ ـ ٣٤٥٣)، وتَمّام في "فوائده" كما في "الرَّوض البسّام" (٨٠٥)، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٧/٣٧٣ و٣٧٤، وفي "معرفة السنن والآثار" (١٤٩٠٨)، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ١٣/٢٢٣.

وزاد الحُميديُّ: قيل لسفيانَ: فإنَّ مالكاً لا يَرويه عن الزُّهريِّ، إنَّما يَرويه عن المِسوَر بن رِفاعةَ؟ فقال سفيانُ: لكنّا قد سَمِعناه مِن الزُّهريِّ كما قصصناه عليكم.

زاد المُوَقَّريُّ عن الزُّهريِّ: وقال الله في كتابه: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة﴾، فلم يكنِ النّاسُ يَرون الطَّلاق للعِدَّة حتّى سنَّ رسولُ الله ﷺ في طلاق طلَّقه ابنُ عمرَ امرأتَه، وأخبرَ ذلك عمرُ رسولَ الله فتغيَّظَ رسولُ الله ﷺ على ابن عمرَ ... الحديث. ذكره ابنُ عَدِيٍّ، ثمَّ قال: وهذا عن الزُّهريِّ لا يَرويه غيرُ (الوليد بن محمَّد) المُوَقَّريِّ عنه، وكانت عائشةُ حَكَتْ طلاقَ ابنِ عمرَ عن عمرَ، فصار الحديث عن عائشةَ عن ابن عمرَ، وهذا لا يَرويه على هذا النَّسَق غيرُ المُوَقَّريِّ عن الزُّهريِّ، ثمَّ قال: وللمُوَقَّريِّ غيرُ ما ذكرتُ، وكلُّ أحاديثه غيرُ محفوظة.

ورواه يحيى بنُ سعيدٍ وأبو أسامةَ وعَبدةُ وأبو معاويةَ وابنُ المبارك وعليُّ بن مُسهِر وزائدةُ وابنُ فُضيل وعبدُ العزيز بن محمَّد ومُحاضرُ بن المُورِّع، كلُّهم عن هشام بن عُرْوةَ عن أبيه عن عائشةَ ((طلَّق رجلٌ امرأتَه، فتزوَّجَت زوجاً غيرَه فطلَّقَها، وكان معه مثلُ الهُدْبة، فلم تَصِلْ مِنه إلى شيءٍ تُريدُه، فلم يلبَثْ أنْ طلَّقَها، فأتَتِ النَّبيَّ ﷺ، فقالت: يا رسولَ الله إنَّ زوجي طلَّقني، وإنِّي تزوَّجتُ زوجاً غيرَه، فدخَلَ بي، ولم يكنْ معه إلاّ مثلُ الهُدْبة، فلم يَقْرَبْني إلاّ هَنَةً واحدةً لم يَصِلْ مِنِّي إلى شيءٍ، فأحِلُّ لزوجي الأوَّل؟ فقال رسولُ الله ﷺ: لا تَحِلِّين لزوجك الأوَّل حتّى يذوقَ الآخَرُ عُسيلَتَكِ وتذوقي عُسيلتَهُ)). =

= أخرجه البخاريُّ (٥٢٦٥) في الطَّلاق ـ باب مَن قال لامرأته: أنتِ عليَّ حرام، و(٥٣١٧) في الطَّلاق ـ باب إذا طلَّقها ثلاثاً ثمَّ تزوَّجت، ومسلمٌ (١٤٣٣)، وأحمدُ ٦/١٩٣ و٢٢٩، وابنُ راهُوَيْه (٧١٨) و(٧١٩)، والدَّارميُّ (٢٢٦٨)، والطَّبريُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠]، وأبو عَوانةَ في "مسنده" (٤٣٢٥) و(٤٣٢٦) و(٤٣٢٧) و(٤٣٢٨)، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٧٤٦٩)، وأبو نُعيم في "المستخرج" (٣٤٥٤)، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٧/٣٧٤، وابنُ عبد البرِّ في "التَّمهيد" ١٣/٢٢٢.

وقال الطَّبرانيُّ: لم يَروِ هذا الحديثَ عن محمَّد بن إسحاقَ إلاّ سَلَمةُ بن الفَضْل، ولفظُه: ((والله يا تميمة لا ترجعين إلى عبد الرَّحمن حتّى يذوقَ عُسيلتَكِ رجُلٌ غيرُه)).

وأورده الحافظُ ابنُ حَجَر في "الفتح" مُرسَلاً عن عُرْوةَ، ونسَبَه إلى ابن إسحاقَ في "المغازي"، ثمَّ قال: وهو مع إرساله مقلوبٌ، والمحفوظُ ما اتَّفق عليه الجماعةُ عن هشام.

ورواه حمّادُ بن سَلَمةَ عن هشامِ بن عُرْوةَ عن أبيه عن عائشةَ أنَّ رسولَ الله ﷺ قال للغميصاء: ((لا، حتّى يذوقَ عُسيلتَكِ وتذوقي عُسيلتَهُ)).

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" ٢٤/(٨٦٩). وتصحَّف عائشة إلى هشام.

ورواه عُبيدُ الله بن عمرَ ويحيى بنُ سعيدٍ عن القاسم بن محمَّدٍ عن عائشةَ قالت: طلَّق رجُلٌ امرأتَه ثلاثاً، فتزوَّجَها رجُلٌ، ثمَّ طلَّقَها قبلَ أنْ يدخُلَ بها، فأرادَ زوجُها الأوَّلُ أنْ يتزوَّجَها، فسئل رسولُ الله ﷺ عن ذلك، فقال: ((لا، حتّى يذوقَ الآخَرُ عُسيلتَها ما ذاقَ الأوَّلُ)).

أخرجه مالكٌ في "الموطأ" ٢/٥٣١، والبخاريُّ (٥٢٦١) في الطَّلاق ـ باب مَن جوَّزَ الطَّلاق الثَّلاث، ومسلمٌ (١٤٣٣)، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٦/١٤٨، و"الكبرى" (٥٦٠٥) في الطَّلاق ـ باب إحلال المطلَّقة ثلاثاً، وأحمدُ ٦/١٩٣، وإسحاقُ بن راهُوَيْه (٧١٥) و(٧١٧)، وابنُ أبي شَيبةَ ٣/٣٧٨، والطَّبريُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠]، وأبو يَعْلى (٤٩٦٤) و(٤٩٦٥)، وابنُ حبّانَ في "صحيحه" كما في "الإحسان" (٤١١٩) و(٤١٢٠)، وأبو عَوانةَ في "مسنده" (٤٣٢٩ ـ ٤٣٣٢)، وأبو نُعَيم في "المستخرج" (٣٤٥٥)، و"تاريخ أصبهان" ١/١٧٣، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٧/٣٢٩ و٣٣٤ و٣٧٤، وفي "معرفة السنن والآثار" (١٤٦٩٢)، والخطيبُ في "تاريخ بغداد" ٥/٥ ـ ٦.

ورواه أبو معاويةَ عن الأعمش عن إبراهيمَ عن الأسود عن عائشةَ قالت: ((سئل رسولُ الله ﷺ عن رجُلٍ طلَّق امرأتَه ـ يعني: ثلاثاً ـ فتزوَّجَت زوجاً غيرَه، فدخَلَ بها، ثمَّ طلَّقَها قبلَ أنْ يواقِعَها، أتَحِلُّ للأوَّل؟ فقال رسول الله ﷺ: ((لا، حتّى يذوقَ الآخَرُ عُسيلتَها وتذوقَ عُسيلتَهُ)). قال أحمدُ: ولم يَرفَعْه يعلى.

أخرجه أحمدُ ٦/٤٢، وإسحاقُ بن راهُوَيْه (١٥٣٨)، وابنُ أبي شَيبةَ في "المصنَّف" ٣/٣٧٧، وأبو داودَ (٢٣٠٩) في الطَّلاق ـ باب في المَبتوتة لا يرجعُ إليها زوجُها حتّى تَنكِحَ زوجاً غيرَه، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٦/١٤٦، و"الكبرى" (٥٦٠٠) في الطَّلاق ـ باب الطَّلاق للتي تَنكِحُ زوجاً ثمَّ لا يدخُلُ بها، والطَّبريُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠]، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٤١٢٢)، وابنُ عبد البَرِّ في " التَّمهيد" ١٣/٢٣٠ ـ ٢٣١.

ورواه هُشَيم أخبرنا مغيرةُ عن إبراهيمَ عن عائشةَ أنَّها قالت: ((حتّى تذوقَ عُسيلتَها وتذوقَ عُسيلتَهُ)).

أخرجه سعيدُ بن منصورٍ في "السنن" (١٩٨٨). =

= ورواه بشرُ بن ثابتٍ حدَّثنا شُعبةُ عن يحيى بنِ أبي إسحاقَ عن أبيه عن سليمانَ بن يسارٍ عن عائشةَ رضي الله عنها أنَّ رجُلاً طلَّق امرأتَه ثلاثاً، فتزوَّجَها رجُلٌ، فطلَّقَها قبلَ أنْ يدخُلَ بها، فأرادَ الأوَّلُ أنْ يتزوَّجَها، فقال النَّبيُّ ﷺ: ((لا، حتَّى تذوقي عُسيلتَهُ)).

أخرجه ابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ١٣/٢٢٤.

وخالَفه زكريَّا بنُ إسحاقَ عن هُشَيم فرواه عن يحيى بنِ أبي إسحاقَ عن سليمانَ بن يسارٍ عن عُبيد الله والفَضْلِ بن عبّاس أنَّ الغُمَيصاءَ أو الرُّمَيصاءَ جاءت تشكو زوجَها إلى رسولِ الله ﷺ قالت: إنَّه لا يَصِلُ إليها، فقال: كَذَبَتْ يا رسولَ الله! ولكنَّها تُريدُ أنْ ترجِعَ إلى زوجِها الأوَّلِ، قال: فقال رسولُ الله ﷺ: ((لا تَحِلُّ له حتَّى يذوقَ عُسيلتَها)).

أخرجه أبو يَعْلى (٦٦٨٧).

ورواه يعقوبُ بن إبراهيمَ ويعقوبُ بن ماهانَ عن هُشَيم أخبرنا يحيى بنُ أبي إسحاقَ عن سليمانَ بنِ يسارٍ عن عُبيد الله عن ابن عبّاس به. أخرجه الطَّبريُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠].

ورواه سعيدُ بن منصورٍ وعليُّ بن حُجْرٍ عن هُشَيم أخبرني يحيى بنُ أبي إسحاقَ الحضرميُّ عن سليمانَ بنِ يسارٍ عن عبد الله بن عبّاس ((أنَّ الرُّمَيصاءَ أو الرُّمَيضاءَ ...)). أخرجه النَّسائيُّ في "المجتبى" ٦/١٤٨، و"الكبرى" (٥٦٠٦)، وسعيدُ بن منصورٍ في "السنن" (١٩٨٤).

ورواه عبدُ الرَّزّاق (١١١٣٣) و(١١١٣٤) عن ابن جُريجٍ قال: أخبرني عطاء الخُراسانيُّ عن ابن عبّاس بمثل حديث الزُّهريِّ، وزاد: فقَعَدتْ ثمَّ جاءته بعدُ، فأخبرته أنَّه قد مسَّها، فمنَعَها أنْ ترجِعَ إلى زوجِها الأوَّلِ، ثمَّ قال: اللهمَّ إنْ كان إنما [تزوج] بها ليُحِلَّها لرفاعةَ، فلا يَتِمُّ له نكاحُه مرَّةً أُخرى، ثمَّ أتَتْ أبا بكرٍ وعمرَ في خلافتهما فمنعاها.

ورواه مسلمُ بن إبراهيمَ عن عبد العزيز بن المُختار حدَّثنا عبدُ الله بن الدّاناج عن أبي رافعٍ عن أبي هريرةَ قال: حدَّثتني أُمُّ المؤمنين ـ ولا أراها إلاّ عائشةَ ـ عن النَّبيِّ ﷺ قال: ((لا تَحِلُّ للأوَّلِ حتَّى يذوقَ الآخَرُ عُسيلتَها)).

أخرجه ابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ١٣/٢٣١ ـ ٢٣٢، وأبو نُعَيم في "الحلية" ٩/٤١، وقال: عن عبد الله بن فيروز بدَلَ ابن الدّاناج.

ورواه مروانُ بن معاويةَ الفَزاريُّ عن أبي عبد الملك المكِّيِّ عن عبد الله بن أبي مُلَيكة عن عائشةَ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: ((العُسيلَةُ: الجماعُ)). وفي روايةٍ: ((إنَّما عنَى بالعُسيلَةِ النِّكاحَ)).

أخرجه أحمدُ ٦/٦٢، والبخاريُّ في "التّاريخ الكبير" ٣/٤٩٤، وأبو يَعْلى (٤٨١٣) و(٤٨٨١)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٣/٣٨٩ مُطوَّلاً، والدّارقطنيُّ في "السنن" ٣/٢٥٢، وأبو نُعَيم في "الحلية" ٩/٢٢٦. وقال البخاريُّ: لا يُتابَعُ عليه. وقال الذَّهبيُّ: غريبٌ. وأبو عبد الملك المكِّيُّ: سعيدُ بن عبد الرَّحمن أبو راشدٍ أبو شَيبةَ الزُّبيديُّ، وكان مروانُ الفَزاريُّ يُدلِّسُ اسمَه على أنحاءَ مُتعدِّدةٍ مِمّا أدَّى إلى الاختلاف فيه.

قال ابنُ عَدِيٍّ: يُحدِّثُ عن عطاء وابنِ أبي مُلَيكة وغيرِهما مِمّا لا يُتابَعُ عليه، ولا أعلمُ يَروي عنه غيرُ مروانَ الفَزاريِّ، وإذا روى عنه رجُلٌ واحدٌ كان شبهَ المجهول.

ورواه عبدُ الوهّاب عن أيُّوبَ عن عِكرمةَ أنَّ رِفاعةَ طلَّق امرأتَه، فتزوَّجَها عبدُ الرَّحمن بن الزَّبير القُرَظيُّ، قالت عائشةُ: وعليها خمارٌ أخضرُ، فشَكَتْ إليها وأَرَتْها خُضرةً بجلدها، فلمّا جاءَ رسولُ الله ﷺ ـ والنِّساءُ ينصُرُ بعضُهنَّ =

= بعضاً ـ قالت عائشةُ: ما رأيتُ مثلَ ما يلقَى المؤمناتِ! لَجلدُها أشدُّ خُضرةً مِن ثوبِها!! قال: وسمع أنَّها أتَتْ رسول الله ﷺ، فجاءَ ومعه ابنان له مِن غيرِها، قالت: والله ما لي إليه ذنبٌ إلاّ أنَّ ما معه ليس بأغنَى عنّي مِن هذه، وأخذَت هُدْبةً مِن ثوبِها، فقال: كذَبَتْ والله يا رسولَ الله! إنّي لأنفُضُها نَفْضَ الأديم، ولكنَّها ناشزٌ تُريدُ رِفاعةَ، فقال رسولُ الله ﷺ: ((فإنْ كان ذلك لم تَحِلّي له، أو لم تصلُحي له حتّى يذوقَ عُسيلتَكِ))، قال: وأبصَرَ معه ابنين له، فقال: بنوك هؤلاء؟ قال: نعم، قال: ((هذا الذي تزعُمين ما تزعُمين؟ فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب)).

أخرجه البخاريُّ (٥٨٢٥) في اللِّباس ـ باب الثِّياب الخُضْر.

ورواه عبدُ العزيز بن الحُصَين عن أيُّوبَ عن عِكرمةَ عن عائشةَ قالت: جاءتِ امرأةُ رِفاعةَ إلى النَّبيِّ ﷺ فقالت: يا رسولَ الله إنّي كنتُ عند رِفاعةَ، وإنَّه طلَّقني فأبَتَّ طلاقي، فنَكَحتُ بعده عبدَ الرَّحمن بن الزَّبير، فوالله ما معه إلاّ مثلُ الهُدْبة، فقال رسول الله ﷺ: ((لعلَّكِ تُريدين أنْ ترجعي إلى رِفاعة؟)) قالت: نعم، قال: ((لا، حتّى تذوقي مِن عُسيلَتِه ويذوقَ مِن عُسيلَتِكِ)).

أخرجه ابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٢٨٦/٥. وقال: وهذا مِن حديث أيُّوبَ غريبٌ، لا أعلَمُ يَرويه عن أيُّوبَ غير عبدِ العزيز هذا. وعبدُ العزيز: قال يحيى: ضعيفُ الحديث، قال البخاريُّ: ليس بالقويِّ.

ورواه حمّادُ بن سَلَمةَ وزائدةُ بن قُدامةَ عن عليِّ بن زيدٍ عن أُمِّ محمَّد عن عائشةَ به.

أخرجه أحمدُ ٩٦/٦، والطَّيالسيُّ (١٥٦٠)، والطَّبريُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠]، والدّارقطنيُّ ٣٢/٤ ـ ٣٣. وأُمُّ محمَّد: تفرَّدَ بالرِّواية عنها عليُّ بن زيدٍ، وهي امرأةُ أبيه، وقيل: عمَّتُه، وهي أُمَيَّة، ويقال: أمينة بنتُ عبد الله، مجهولة.

وروى الشّافعيُّ ويحيى بنُ بُكير وأحمدُ بن أبي بكرٍ وغيرُهم عن مالكٍ عن المِسوَر بن رِفاعةَ القُرَظيِّ عن الزَّبير بن عبد الرَّحمن بن الزَّبير أنَّ رِفاعةَ بنَ سموألَ طلَّق امرأتَه تميمةَ بنتَ وَهْبٍ في عهد رسول الله ﷺ ثلاثاً، فنَكَحها عبدُ الرَّحمن بن الزَّبير، فلم يستطِعْ أنْ يَمَسَّها، ففارَقَها، فأراد رِفاعةُ أنْ ينكِحَها ـ وهو زوجُها الأوَّلُ الذي كان طلَّقها ـ فذكر لرسول الله ﷺ، فنهاه أنْ يتزوَّجَها، وقال: ((لا تَحِلُّ لكَ حتّى تذوقَ العُسيلَةَ)).

أخرجه مالكٌ في "الموطأ" ٥٣١/٢ في النِّكاح ـ باب نكاح المُحلِّل ـ وعنه الشّافعيُّ في "الأم" ٢٤٨/٥، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٤١٢١)، والبيهقيُّ في "معرفة السنن والآثار" (١٤٩٠٩)، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٢٠/١٣.

قال البَزّار: رواه مالكٌ في "الموطأ" عن المِسوَر بن رِفاعةَ عن الزَّبير بن عبد الرَّحمن أنَّ عبد الرَّحمن بن الزَّبير ولم يوصِلْه، ووصَلَه الحنفيُّ فقال: عن أبيه، ولا نعلَمُ روى عبدُ الرَّحمن بن الزَّبير عن النَّبيِّ ﷺ.

قال ابنُ عبد البَرِّ: هكذا روى يحيى هذا الحديثَ عن مالكٍ عن المِسوَر عن الزَّبير، وهو مُرسَلٌ في روايته، وتابَعَه على ذلك أكثرُ الرُّواة لـ "الموطأ" إلاّ ابنَ وَهْبٍ، فإنَّه قال فيه: عن مالكٍ عن المِسوَر عن الزَّبير بن عبد الرَّحمن عن أبيه. فزاد في الإسناد: (عن أبيه) فوصَلَ الحديثَ، وابنُ وَهْبٍ من أجلِّ مَن روى عن مالكٍ هذا الشَّأن وأثبتِهم فيه... فالحديثُ مُسندٌ مُتَّصلٌ صحيحٌ ... وقد تابَعَ ابنَ وَهْبٍ على توصيل هذا الحديث وإسنادِه إبراهيمُ بن طَهْمَانَ وعُبيدُ الله بن عبد المجيد الحنفيُّ، قالوا فيه: عن الزَّبير بن عبد الرَّحمن عن أبيه.

فرواه ابنُ وَهْبٍ وعُبيدُ الله بن عبد المجيد الحنفيُّ عن مالكٍ عن المِسوَر عن الزَّبير عن أبيه ((أنَّ رِفاعةَ بنَ سموألَ..)).

قال الحاكمُ: لم يُحدث عن المسوّر بن رِفاعةَ إلاّ مالكُ ابن أنسٍ، تفرَّدَ عنه بالرِّواية. =

= أخرجه ابنُ الجارود في "المنتقى" (٦٨٢)، وابن أبي عاصمٍ في "الآحاد والمثاني" (٢٢٥٧)، والرُّوْيانيُّ في "مسنده" (١٤٦٦)، وابنُ قانعٍ في "معجم الصَّحابة" (٦٥٩)، والحاكمُ في "معرفة علوم الحديث" ١/١٦٠، والبيهقيُّ في "السنن" ٧/٣٧٤، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ١٣/٢٢١، والبَزّارُ كما في "كشف الأستار" (١٥٠٤).

قال ابنُ عبد البَرِّ: وقد ذكر سُحنونَ عن ابن وَهْبٍ وابن القاسم وعليِّ بن زيادٍ عن مالكٍ عن المِسوَر عن الزُّبير عن أبيه.

ورواه شَيبانُ عن يحيى بن أبي كثيرٍ عن أبي الحارث الغِفاريِّ عن أبي هريرةَ قال رسول الله ﷺ في المرأة يُطلِّقُها زوجُها ثلاثاً، فتتزوَّجُ زوجاً غيرَه، فيُطلِّقُها قبلَ أنْ يدخُلَ بها، فيُريدُ الأوَّلُ أنْ يُراجِعَها، قال: ((لا، حتّى يذوقَ عُسيلتَها)).

أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ في "المصنَّف" ٣/٣٧٨ مُختصَراً، والطَّبريُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠].

روى محمَّدُ بن جعفرٍ عن شُعبةَ عن علقمةَ بن مَرْثَدٍ عن سالمِ بن رَزِين الأحمريِّ عن سالمِ بن عبد الله عن سعيدِ بن المسيَّب عن ابن عمرَ عن النَّبيِّ ﷺ في الرَّجُلِ تكونُ له المرأةُ يُطلِّقُها ثمَّ يتزوَّجُها رجُلٌ آخَرُ، فيُطلِّقُها قبلَ أنْ يدخُلَ بها، فترجعُ إلى زوجِها الأوَّل، قال: ((لا، حتّى تذوقَ العُسيلَةَ)).

أخرجه أحمدُ في "المسند" ٢/٨٥، وكما في "العلل ومعرفة الرِّجال" (١٧٥٥)، والنَّسائيُّ في"المجتبى" ٦/١٤٨-١٤٩، وفي "الكبرى" (٥٦٠٧)، وابنُ ماجه (١٩٣٣)، وابنُ أبي حاتمٍ في"علل الحديث" ١/٤٢٨، والطَّبريُّ في"تفسيره" [البقرة/٢٣٠] (٤٩٠٦)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (١٣٠٨٦)، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٧/٣٧٥. وتصحَّفَ عند النَّسائيِّ إلى: سالم بن زرير. وفي "التُّحفة": سالم بن رَزين. وعند ابن ماجَه: سلم بن زرير.

قال أحمد كما في "العلل": سليمانُ بن رَزين، والصَّواب أنَّ شُعبةَ قال: سالم.

وذكر ابنُ أبي حاتمٍ في "العلل" ١/٤٢٨، و"الجرح والتَّعديل" ٣/٥٠٧ ـ ٥٠٩، عن أبيه قال: قد زاد عندي في هذا الإسناد رجُلاً لم يذكُرْه الثَّوريُّ، وليست هذه الزِّيادةُ بمحفوظة، وقال أبو زُرعةَ: الثَّوريُّ أحفَظُ. وقال النَّسائيُّ: حديث سفيانَ أَوْلى بالصَّواب، وقال الطَّبرانيُّ: وَهِمَ شُعبةُ في هذا الحديث في موضعين: قوله: عن سالم بن رَزين، وإنَّما هو سليمانُ بن رَزين، وزاد في الإسناد سعيدَ بن المسيَّب، رواه سفيانُ الثَّوريُّ وقيسُ بن الرَّبيع عن علقمةَ بن مَرْثَدٍ عن سليمانَ بن رَزين الأحمر عن ابن عمرَ عن النَّبيِّ ﷺ، وهو الصَّواب. وكان شُعبةُ يقول: سفيانُ أحفظُ منِّي.

قال البيهقيُّ: بلغني عن محمَّد بن إسماعيلَ البخاريِّ أنّه وهَّنَ حديثَ شُعبةَ وسفيانَ جميعاً.

قال ابنُ أبي حاتمٍ: واختُلِفَ عن الثَّوريِّ عن علقمةَ، فروى وكيعٌ عنه مرَّةً عن رَزين بن سليمانَ. ومرَّةً عن سليمانَ بن رَزين عن ابن عمرَ. ورواه أبو أحمدَ الزُّبيريُّ وحسينُ بن حفصٍ والفِرْيابيُّ ومحمَّدُ بن كثيرٍ عن الثَّوريِّ عن علقمةَ عن سليمانَ بن رَزين عن ابن عمرَ.

فرواه وكيعٌ وعبدُ الرَّحمن بن مَهديٍّ عن الثَّوريِّ عن علقمةَ بن مَرْثَدٍ عن رَزين بن سليمانَ الأحمريِّ عن ابن عمرَ قال: سئل النَّبيُّ ﷺ عن الرَّجُل يطلِّق امرأتَه ثلاثاً فيتزوَّجُها الرَّجُل فيُغلِقُ البابَ ويُرخي السِّتْرَ، ثمَّ يطلِّقُها قبلَ أنْ يدخلَ بها، قال: لا تَحِلُّ للأوَّل حتّى يُجامعَها الآخَرُ. =

= أخرجه أحمدُ ٢/٢٥، وفي "العلل" (١٧٥٦)، وابنُ أبي شَيبةَ ٣/٣٧٨، و البخاريُّ في "التّاريخ الكبير" ٤/١٣، والنّسائيُّ في "المجتبى" ٦/١٤٩، وفي "الكبرى" (٥٦٠٨)، وابنُ أبي حاتمٍ في "العلل" ١/٤٢٨، والطَّبريُّ في "جامع البيان" [البقرة/٢٣٠] (٤٩٠٧)، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٧/٣٧٥. قال البيهقيُّ: روايةُ وكيعٍ وعبدِ الرَّحمن عن سفيانَ أصحُّ، فقد رواه قيسُ بن الرَّبيع فقال: حدَّثنا علقمةُ بن مَرْثَدٍ عن رَزين الأحمريِّ قال: سمعت عبدَ الله بن عمرَ يقول: سئل رسولُ الله ﷺ على المنبر عن رجلٍ طلَّق امرأته فبانت منه ... فذكره. أخرجه البيهقيُّ في "السنن" ٧/٣٧٥.

وروى عبدُ الرَّزّاق وأبو أحمدَ الزُّبيريُّ والفِرْيابيُّ ومحمَّدُ بن كثيرٍ وحسينُ بن حفصٍ ووكيعٌ وابنُ مَهديٍّ في روايةٍ عن سفيانَ عن علقمةَ عن سليمانَ بنِ رَزين.

أخرجه أحمدُ ٢/٢٥، وعبدُ الرَّزّاق (١١١٣٥)، وأحمدُ كما في "العلل ومعرفة الرِّجال" (١٧٥٧)، وابنُ أبي حاتمٍ في "علل الحديث" ١/٤٢٩، والطَّبريُّ في "جامع البيان" [البقرة/٢٣٠] (٤٩٠٨).

وحَكى أبو زُرعةَ اختلافاً على الثَّوريِّ في اسمه، فقيل عنه: هكذا، يعني: سلم بن رَزين، وقيل عنه : سليمانُ بن رَزين، قال البخاريُّ: ولا تقوم الحُجَّةُ بسليمانَ بنِ رَزين، ولا برَزين؛ لأنَّه لا يُدرَى سماعُه مِن سالمٍ، ولا مِن ابن عمرَ!

قال المِزِّيُّ في "تهذيب الكمال" ٩/١٨٨: قاله وكيعٌ عن سفيانَ الثَّوريِّ عن علقمةَ ... وتابعه يحيى بنُ يَعْلى المُحاربيُّ عن أبيه عن غَيلانَ بنِ جامعٍ عن علقمةَ به.

ورواه أبو حمزة عن محمَّد بن زيادٍ عن نافعٍ عن ابن عمرَ أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((المُطلَّقةُ ثلاثاً لا تَحِلُّ لزوجها الأوَّلِ حتّى تَنكِحَ زوجاً غيرَه ويُخالِطَها وتذوقَ مِن عُسيلَتِهِ)).

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الكبير" (١٣٤٢٩).

وروى سعيدُ بن منصور (١٩٩١) حدَّثنا أبو شِهابٍ عن يحيى بنِ سعيدٍ عن نافعٍ عن ابن عمرَ ((في رجُلٍ طلَّق امرأته ثلاثاً فأصاب مِنها كلَّ شيءٍ غيرَ أنَّه لم يَمَسَّها، فقال ابن عمرَ: لا، حتّى يَمَسَّها، فأعاد عليه الحديثَ، فقال: لا، حتّى يَمَسَّها، فأعاد عليه الحديثَ، فقال: لا، حتّى يأخُذَ برِجْلِها)).

ورواه يحيى بنُ أبي زائدةَ عن يحيى بنِ سعيدٍ عن نافعٍ عن ابن عمرَ نحوَه. أخرجه أبو يَعْلى (٤٩٦٦).

ورواه ابنُ جُريجٍ وأنسُ بن عِياض عن موسى بنِ عقبةَ عن نافعٍ عن ابن عمرَ قال: ((لو أنَّ رجُلاً طلَّق امرأته ثلاثاً، ثمَّ نكَحَها رجُلٌ بعدَه، ثمَّ طلَّقها قبلَ أنْ يُجامعَها، ثمَّ نكَحَها زوجُها الأوَّلُ، فيفعلُ ذلك وعمرُ حيٌّ، إذن لرجَمَهما)).

أخرجه البخاريُّ في "التّاريخ الكبير" ٤/١٣، وعبدُ الرَّزّاق في "المصنَّف" (١١١٣٨). قال البخاريُّ: وهذا أشهرُ.

وروى عفّانُ وقُتيبةُ بن سعيدٍ البَلخيُّ وهشامُ بن عبد الملك ومسلمُ بن إبراهيمَ وعاصمُ بن عليٍّ ويحيى بنُ حمّادٍ عن محمَّدِ بن دينار الطّاحيِّ عن يحيى بنِ يزيدَ الهُنَائيِّ عن أنسِ بن مالكٍ ((أنَّ رسولَ الله ﷺ سئل عن رجُلٍ طلَّق امرأته ثلاثاً، فتزوَّجَت زوجاً، فمات عنها قبلَ أنْ يدخلَ بها، هل يتزوَّجُها الأوَّلُ؟ قال: لا، حتّى يذوقَ عُسيلَتَها)).

أخرجه أحمدُ ٣/٢٨٤، وأبو يَعْلى (٤١٩٩) و(٤٢٠٠)، والطَّبريُّ في "جامع البيان" [البقرة/٢٣٠] (٤٩٠٤)، والطَّبرانيُّ في "الأوسط" مختصراً (٢٣٩٣)، وابنُ عَديٍّ في "الكامل" ٦/١٩٨، والبيهقيُّ في "السنن" ٧/٣٧٥ ـ ٣٧٦، والبَزّارُ كما في "كشف الأستار" (١٥٠٥).

وقال الطَّبرانيُّ: لا يُروى هذا الحديثُ عن أنسٍ إلاّ بهذا الإسناد، تفَرَّدَ به محمَّدُ بن دينار.

قال ابنُ عَديٍّ: ولا أعلمُ يَرويه عن يحيى بنِ يزيدَ غير محمَّدِ بن دينار... وهو مع هذا كلِّه حسنُ الحديث، وعامَّةُ حديثه ينفردُ به. =

(أو إجماعاً) كحِلِّ المُتْعةِ؛ لإجماعِ الصَّحابةِ على فسادِهِ[1]، وكَبَيْعِ أُمِّ ولدٍ[2] على الأظهرِ، وقيل: يَنفُذُ على الأصحِّ،.............................

[٢٦٢٩٨] (قولُهُ: أو إجماعاً) المرادُ مِنه ما ليس فيه خلافٌ يَستنِدُ إلى دليلٍ شرعيٍّ، "بحر"[3].

[مطلبٌ في الفرقِ بينَ القضاءِ بنِكاحِ المُتعةِ والقضاءِ بالنِّكاحِ المؤقَّتِ]

[٢٦٢٩٩] (قولُهُ: كحِلِّ المُتْعةِ) أي: كالقضاءِ بصحَّةِ نكاحِ المُتْعةِ كقولِهِ: متِّعيني بنفسِكِ عشرةَ أيّامٍ، فلا يَنفُذُ، بخلافِ القضاءِ بصحَّةِ النِّكاحِ المُؤقَّتِ بأيّامٍ، أي: بدُونِ لفظِ المُتعةِ، فإنَّه يَنفُذُ كما في "الفتح"[4]، وقدَّمنا[5] عنه في النِّكاحِ تَرْجيحَ قولِ "زُفَر" بصحَّةِ النِّكاحِ المُؤقَّتِ بإلغاءِ التَّوْقيتِ، فيَنعقِدُ مُؤبَّداً.

[٢٦٣٠٠] (قولُهُ: وكَبَيْعِ أُمِّ ولدٍ إلخ) قال شمسُ الأئمَّةِ "السَّرَخسيُّ"[6]: ((هذه المسألةُ تَبتَنِي على أنَّ الإجماعَ المُتأخِّرَ يَرفَعُ الخِلافَ المُتقدِّمَ عندَ "محمَّدٍ"، وعندَهما لا يَرفَعُ))، يعني: اختَلَفتِ الصَّحابةُ في جوازِ بَيْعِها، ثمَّ أجمَعَ المُتأخِّرونَ على عدمِهِ، فكان القضاءُ به على خِلافِ الإجماعِ

= ورواه محمَّدُ بن دينار أيضاً عن سعدِ بن أوس عن مِصدَعٍ أبي يحيى عن أنسٍ به. ذكره ابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٤٦٨/٦. قال البَزّار: رواه شُعبةُ عن يحيى بنِ يزيدَ عن أنسٍ موقوفاً.

فروى غُنْدَرٌ عن شُعبةَ عن يحيى بنِ يزيدَ الشَّيبانيِّ عن أنسٍ قال: ((لا تَحِلُّ للأوَّلِ حتّى يُجامعَها الآخَرُ ويدخلَ بها)). أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ ٣٧٨/٣.

وروى آدمُ بن أبي إياس العَسقلانيُّ عن شَيبانَ عن يحيى بنِ أبي كثيرٍ عن أبي الحارث عن أبي هريرةَ قال رسولُ الله ﷺ في المرأة يطلِّقُها زوجُها ثلاثاً، فتتزوَّجُ زوجاً غيرَه، فيطلِّقُها قبلَ أنْ يدخلَ بها، فيُريدُ الأوَّلُ أنْ يُراجعَها، قال: ((لا، حتّى يذوقَ عُسيلَتَها)).

أخرجه الطَّبريُّ في "جامع البيان" (٤٩٠٣). ورواه الحسنُ بن موسى الأَشْيَبُ وسعدُ بن حفصٍ الطَّلحيُّ عن شَيبانَ مُختصَراً. أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ ٣٧٨/٣، والطَّبريُّ (٤٩٠٢). وانظر المقولة [٢٢١٢٢] ٨٣٦/١٣.

(١) تقدَّمَ تخريجُه ٨٢٧/١٣.

(٢) في "و": ((الولد)) وانظر التخريج المتقدم ١٧٩/١١.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١١/٧.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٣٩٥/٦ بتصرف.

(٥) المقولة [١١٤٣٦] قوله: ((وبطَلَ نكاحُ مُتعةٍ ومُؤقَّتٌ)).

(٦) "المبسوط": كتاب البيوع ـ باب البيوع الفاسدة ٥/١٣ بتصرف.

(و) مِنْ ذلك ما (لو قَضَى بشاهدٍ ويمينِ) المُدَّعي؛ لمخالفتِهِ للحديثِ المشهورِ: ((البيِّنةُ على مَن ادَّعَى، واليمينُ على مَن أنكَرَ))،...........................

عند "محمَّدٍ"، فيُبطِلُهُ القاضي الثّاني، وعندَهما لَمّا لم يَرفَعْ خِلافَ الصَّحابةِ وَقَعَ في مَحَلِّ اجتهادٍ فلا يَنقُضُهُ الثّاني، لكنْ قال القاضي "أبو زيدٍ" في "التَّقْويم"[١]: ((إنَّ "محمَّداً" رَوَى عنهم جميعاً أنَّ القضاءَ بِبَيْعِها لا يجوزُ))، "فتح"[٢]. وذكَرَ في "التَّحريرِ"[٣]: ((أنَّ الأظهرَ مِن الرِّواياتِ أنّه لا يَنفُذُ عندَهم جميعاً))، لكنْ ذكَرَ أيضاً[٣] عن "الجامع"[٤]: ((أنّه يَتوقَّفُ على قضاءِ قاضٍ آخَرَ؛ لأنَّ الإجماعَ المسبوقَ بخلافٍ مُختَلَفٌ في كونِهِ إجماعاً، ففيه شُبْهةٌ كخبرِ الواحدِ، فكذا في مُتعلَّقِهِ، [٣/ق٢١٦/أ] وهو ذلك الحُكمُ المُجمَعُ عليه))، وقدَّمنا[٥] تمامَ الكلامِ على ذلك في باب الاستيلاد.

[٢٦٣٠١] (قولُهُ: ومِن ذلك ما لو قَضَى بشاهدٍ ويمينٍ) مُقتضاهُ: أنّه لا يَنفُذُ، وإذا رُفِعَ إلى قاضٍ آخَرَ أبطلَهُ، مع أنّه قال في "الفتح"[٦]: ((فلو قَضَى بشاهدٍ ويمينٍ لا يَنفُذُ، ويَتوقَّفُ على إمضاءِ قاضٍ آخَرَ، ذكَرَهُ في أَقْضِيةِ "الجامع"[٧]، وفي بعضِ المَواضِعِ: يَنفُذُ مُطلقاً)) اهـ. وفي "ط"[٨] عن "الهنديَّة"[٩]: ((ذكَرَ في كتابِ الاستحسان أنَّه يَنفُذُ على قولِ "الإمام" لا على قولِ "الثّاني")) اهـ.

[٢٦٣٠٢] (قولُهُ: لمخالفتِهِ إلخ) الأَوْلى ذكرُهُ عَقِبَ المسألةِ الثّانيةِ ليكونَ عِلَّةً للمسألتين.

[٢٦٣٠٣] (قولُهُ: البيِّنةُ على مَن ادَّعَى) كذا في "البحر"[١٠]، وفي "الفتح"[١١]: ((على المُدَّعي)).

---

(١) "تقويم الأدلة": القول في أقسام الإجماع صـ٣٢ـ.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٣٩٤/٦.

(٣) "التحرير": المقالة الثانية ـ الباب الرابع في الإجماع صـ٤٠٢ـ بتصرف.

(٤) لم نعثر عليها في كلٍّ من مطبوعة "الجامع الكبير" و"الصغير" اللتين بين أيدينا.

(٥) المقولة [١٧٠١٢] قوله: ((لم يَنفُذ)).

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٣٩٣/٦.

(٧) لم نعثر عليها في كلٍّ من مطبوعة "الجامع الكبير" و"الصغير" اللتين بين أيدينا.

(٨) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٩٤/٣.

(٩) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب التاسع عشر في القضاء في المجتهدات ٣٥٩/٣.

(١٠) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١١/٧.

(١١) في "الأصل": (("البحر")) بدل (("الفتح"))، وانظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٣٩٣/٦.

(أو بقِصاصٍ بتعيينِ الوليِّ واحداً مِن أهلِ المَحَلَّةِ،..........

[٢٦٣٠٤] (قولُهُ: أو بقِصاصٍ إلخ) أي: إذا قَضَى القاضي بالقِصاص بيمينِ المُدَّعي أنَّ فلاناً قتَلَهُ وهناك لَوْثٌ مِن عَداوةٍ ظاهرةٍ كما هو قولُ "مالكٍ" لا يَنفُذُ؛ لِمُخالفتِهِ السُّنَّةَ المشهورةَ: ((البيِّنةُ على المُدَّعي، واليمينُ على مَن أنكَرَ)) *، وتمامُهُ في "الفتح"[1].

(١) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٦/٣٩٣.

* وروى محمَّدُ بن عُبيد الله العَرْزَميُّ والحَجّاجُ بن أرطاه و المثنّى بنُ الصبَّاح عن عمرِو بن شُعيب عن أبيه عن جَدِّه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال في خُطبته: ((البيِّنةُ على المُدَّعي، واليمينُ على المُدَّعَى عليه))، وفي روايةٍ: ((المُدَّعَىٰ عليه أَوْلَى باليمينِ إلاّ أنْ تقومَ عليه البيِّنةُ)).

أخرجه التِّرمذيُّ (١٣٤١) كتاب الأحكام ـ باب البيِّنة على المُدَّعي، والدّارقطنيُّ ٤/١٥٧ و٢١٨، والبيهقيُّ في "الكبرى" ١٠/٢٥٦، وأحمدُ بن مَنيع كما في "المطالب العالية" (٢١٨٨).

قال التِّرمذيُّ: هذا حديث في إسناده مَقالٌ، ومحمَّد بن عُبيد الله العَرْزَميُّ يُضعَّفُ في الحديث مِن قِبَلِ حِفظه، ضعَّفَه ابنُ المبارك وغيرُه.

قال الزَّيلعيُّ ٤/٣٩٠: قال صاحب "التنقيح": حَجّاجُ بن أرطاه ضعيفٌ، ولم يسمَعْه مِن عمرِو بن شُعيب، وإنَّما أخذه مِن العَرْزَميِّ عنه، والعَرْزَميُّ متروكٌ.

ورواه مسلمُ بن خالدٍ الزَّنْجيُّ وعبدُ الرَّزّاق عن ابن جُريجٍ عن عمرِو بن شعيب عن أبيه عن جَدِّه أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((البيِّنةُ على مَنِ ادَّعَى واليمينُ على مَن أنكرَ إلاّ في القَسامَة)).

أخرجه عبدُ الرَّزّاق (١٥١٨٤)، وابنُ عدِيٍّ في "الكامل" ٦/٣١٠، والدّارقطنيُّ في "السنن" ٣/١١١ و٤/٢١٨، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٣/٢٠٤، وسقط (ابن جُريجٍ) في إسناده، وابنُ عساكرَ في "تاريخ دمشق" ٧/٢٦. قال البخاريُّ: ابن جُريجٍ لم يسمَعْ مِن عمرِو بن شُعيب.

قال الدّارقطنيُّ: خالفه عبدُ الرَّزّاق وحَجّاجُ روياه عن ابن جُريجٍ عن عمرٍو مُرسَلاً.

ورواه مسلمُ بن خالدٍ الزَّنْجيُّ أيضاً عن ابن جُريجٍ عن عطاء عن أبي هريرةَ أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((البيِّنةُ على مَنِ ادَّعَى واليمينُ على مَن أنكرَ إلاّ في القَسامَة)).

أخرجه ابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٦/٣١٠، والدّارقطنيُّ ٣/١١٠ و٤/٢١٧ ـ ٢١٨.

قال ابنُ عَدِيٍّ: هذان الإسنادان يُعرَفان بمسلمٍ عن ابن جُريجٍ، وفي المتن زيادةُ قوله: ((إلاّ في القَسامَة)).

قال ابنُ عبد البَرِّ: وهذا الحديث وإنْ كان في إسناده لِينٌ، فإنَّ الآثار المتواترةَ في هذا الباب تَعضُدُه.

وروى نافعُ بن عمرَ الجُمَحيُّ وابن جُريجٍ وعثمانُ بن الأسود ومحمَّدُ بن سليمانَ عن عبد الله بن أبي مُلَيكةَ عن ابن عبّاس ((أنَّ رسولَ الله ﷺ قضَى أنَّ اليمينَ على المُدَّعَى عليه)). وفي روايةٍ: ((لو يُعطَى النّاسُ بدعواهم لادَّعَى ناسٌ دماءَ قومٍ وأموالَهم، ولكنَّ اليمينَ على المُدَّعَى عليه)). وفي روايةٍ: ((ولكنَّ البيِّنةَ على الطّالبِ واليمينَ على المطلوب)).=

= أخرجه البخاريُّ (٢٥١٤) كتاب في الرَّهن في الحَضَر ـ باب إذا اختلف الرّاهن والمُرتهن، و(٢٦٦٨) كتاب الشّهادات ـ باب اليمين على المُدَّعَى عليه، و(٤٥٥٢) مُطوَّلاً كتاب التّفسير ـ باب ﴿إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا﴾، ومسلمٌ (١٧١١) في الحدود ـ باب اليمين على المُدَّعَى عليه، وأبو داودَ (٣٦١٩) كتاب الأقضية ـ باب اليمين على المُدَّعَى عليه، والنَّسائيُّ في "الكبرى" (٥٩٩٤)، وفي "المجتبى" (٥٤٤٠) مُطوَّلاً في كتاب آداب القضاة ـ باب عِظَة الحاكم على اليمين، والتِّرمذيُّ (١٣٤٢) كتاب الأحكام ـ باب البيِّنة على المُدَّعي، وقال: هذا حديث حسن صحيح، وابنُ ماجَه (٢٣٢١) في الأحكام ـ باب البيِّنة على المُدَّعي، وعبدُ الرَّزّاق (١٥١٩٣) مُطوَّلاً، والشّافعيُّ في "الأم" ٩٣/٧، و"اختلاف الحديث" ٥٥٧/١، وأحمدُ ٣٤٣/١ و٣٥١ و٣٦٣، وأبو عَوانةَ (٦٠٠٥ ـ ٦٠٠٨)، وأبو يَعْلى (٢٥٩٥)، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٥٠٨٢) مُطوَّلاً و(٥٠٨٣) مُختصَراً، والطَّحاويُّ في "شرح المعاني" ١٩١/٣ مُطوَّلاً ومُختصَراً، والطَّبرانيُّ في "الكبير"(١١٢٢٣) مُطوَّلاً و(١١٢٢٤ و١١٢٢٥) مُختصَراً، و"الأوسط" (٧٩٧١)، والدّارقطنيُّ ١٥٧/٤، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٣٣٢/٥ و١٨٢/١٠ و٢٥٢ مُطوَّلاً ومُختصَراً، وابنُ عبد البَرِّ في "الاستذكار" ١٢٣/٧، و"التَّمهيد" ٢٠٦/٢٣و٢٠٧.

قال الطَّبرانيُّ: لم يَروِ هذا الحديثَ عن عثمانَ بنِ أسود إلاّ ابنُ إدريس، تفرَّدَ به الحسنُ بن سَهْلٍ.

قال الدّارقطنيُّ كما في "أطراف الغرائب" (٢٤٣٣): تفَرَّدَ به أبو حيّانَ التَّيميُّ عن ابن أبي نَجيح، وتفَرَّدَ به خالدُ بن يزيدَ القَسْريُّ عن أبي حيّانَ عُبيدِ الله بن دينار عن ابن عبّاس.

وروى وكيعٌ عن محمَّدِ بن سُليم عن ابن أبي مُلَيكةَ أنَّ ابن عبّاس كتب إليه: قال رسولُ الله ﷺ: ((المُدَّعَى عليه أَوْلى باليمين)).

أخرجه أحمدُ ٣٥٦/١.

ورواه سِنانُ بن الحارث عن مُصرِّف عن طلحةَ بنِ مُصرِّف عن مُجاهدٍ عن ابن عمرَ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: ((المُدَّعَى عليه أَوْلى باليمين إلاّ أنْ تقومَ بيِّنةٌ)).

أخرجه الدّارقطنيُّ في "السنن" ٢١٨/٤ ـ ٢١٩.

ورواه رَوْحٌ ومَروانُ بن معاويةَ عن حَجّاج بن أبي عثمانَ عن حُميد بن هلالٍ عن زيدِ بن ثابتٍ قال: قضَى رسولُ الله ﷺ أنَّ مَن طلَبَ عند أخيه طَلِبَةً بغير شهداءَ فالمطلوبُ أَوْلى باليمين، وفي روايةٍ: قال النَّبيُّ ﷺ: ((إذا لم يكنْ للطّالب بيِّنةٌ فعلى المطلوب اليمينُ)).

أخرجه الدّارقطنيُّ في "السنن" ٢١٩/٤، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٢٥٣/١٠، وإسحاقُ بن راهْوَيْه كما في "المطالب العالية" (٢١٨٩).

ورواه أبو حنيفةَ عن حمّادٍ عن إبراهيمَ عن شُريح عن عمرَ عن النَّبيِّ ﷺ: ((البيِّنةُ على المُدَّعي واليمينُ على المُدَّعَى عليه)).

أخرجه الدّارقطنيُّ في "السنن" ٢١٨/٤.

ورواه عبدُ الرَّزّاق (١٥١٩٣) عن ابن عُيينةَ عن عمرِو بن دينار قال: قضَى رسولُ الله ﷺ: ((أنَّ اليمينَ على المُدَّعَى عليه)).

ورواه يزيد بن عياض عن عبد الملك بن عبيد عن خُرينَق بنت الحُصَين عن عِمران بن الحُصَين قال: ((أمر رسول الله ﷺ بشاهدين على المدعي واليمين على المدعى عليه)) أخرجه الدّارقطنيُّ ٢١٩/٤. =

أو بصحَّةِ نكاحِ المُتْعةِ أو المُؤقَّتِ[(١)]، أو بصحَّةِ بَيْعِ مُعتَقِ[(٢)] البعضِ[(٣)]، أو بسُقوطِ الدَّيْنِ بمُضِيِّ سنينَ، ....

[٢٦٣٠٥] (قولُهُ: أو بصحَّةِ نكاحِ المُتْعةِ أو المُؤقَّتِ) لعلَّ الصَّوابَ: لا المُؤقَّتِ بـ: لا النَّافيةِ؛ لِما قدَّمناهُ[(٤)] قريباً عن "الفتح" مِن نَفاذِ القضاءِ بصحَّةِ المُؤقَّتِ، ونقَلَ "ط"[(٥)] مثلَهُ عن "الهنديَّة"[(٦)]، ولم أَرَ مَن ذكَرَ عدمَ نَفاذِهِ.

[٢٦٣٠٦] (قولُهُ: أو بصحَّةِ بَيْعِ مُعتَقِ البعضِ) في "الهنديَّةِ"[(٧)] عن "الظَّهيريَّة"[(٨)]: ((رجلٌ أعتَقَ نصفَ عبدِهِ، أو كان العبدُ بين اثنين أعتَقَهُ أحَدُهما وهو مُعسِرٌ، وقَضَى القاضي للآخَرِ في بَيْعِ نصيبِهِ فباعَ، ثمَّ اختَصَما إلى قاضٍ آخَرَ لا يَرَى ذلك ذكَرَ "الخصّافُ"[(٩)]: أنَّ القاضيَ يُبطِلُ البيعَ والقضاءَ، وحَكَى شمسُ الأئمَّةِ "الحَلْوانيُّ" عن المشايخِ: أنَّ ما ذكَرَهُ "الخصّافُ" ليس فيه شيءٌ عن أصحابِنا، ولولا قولُ "الخصّافِ" لقُلْنا: إنَّه يَنفُذُ قضاؤُهُ؛ لأنَّه قضاءٌ في فصلٍ مُجتَهَدٍ فيه)). اهـ "ط"[(١٠)].

[٢٦٣٠٧] (قولُهُ: أو بسُقوطِ الدَّيْنِ إلخ) أي: كما قال بعضُهم: إذا لم يُخاصِمْ ثلاثَ سنين

(قولُهُ: لعلَّ الصَّوابَ: لا المُؤقَّتِ إلخ) يمكنُ أنْ يُقالَ: مرادُ "المؤلِّفِ" بعدمِ صحَّةِ الحُكمِ بالنِّكاحِ المُؤقَّتِ أنْ يَحكُمَ به مُؤقَّتاً بحيث يَرتفِعُ بعدَ الوقتِ.

= قال الكتّانيُّ في "نظم المتناثر" ١/١٧٠: هو متواتر المعنى. وتقدم حديث: ((شاهداك أو يمينه....)) ١٣/٨٥٥.

(١) تقدم تخريجه ١٣/٨٢٠ ـ ٨٢٥.

(٢) في "د" و"و": ((بيع عبدٍ معتق)).

(٣) تقدم تخريجه ١١/٦٨.

(٤) المقولة [٢٦٢٩٩] قوله: ((كَحِلِّ المُتْعةِ)).

(٥) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/١٩٤.

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب التاسع عشر في القضاء في المجتهدات ٣/٣٦٢ ـ ٣٦٣.

(٧) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب التاسع عشر في القضاء في المجتهدات ٣/٣٦٤.

(٨) "الظهيرية": كتاب الدعوى والبينات ـ الفصل السادس فيما ينبغي للقاضي أن يعمل إلخ ـ نوع آخر في قضاء القاضي في المجتهدات ق٣١٩/ب.

(٩) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثاني والأربعون في القاضي ترفع إليه قضية قاضٍ آخرَ إلخ ٣/١٢٩.

(١٠) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/١٩٥.

أو بصحَّةِ) طلاقِ (الدَّوْرِ وبقاءِ النِّكاحِ) كما مَرَّ[١] في بابِهِ، (وقَضاءِ عبدٍ وصبيٍّ مُطلقاً، و) قَضاء (كافرٍ على مسلمٍ أبداً ونحوِ ذلك) كالتَّفْريقِ بينَ الزَّوجينِ بشهادةِ المُرضِعةِ (لا يَنفُذُ) في الكلِّ، ....

وهو في المصرِ بَطَلَ حَقُّهُ، فلا يَنفُذُ القضاءُ به؛ لأنَّه قولٌ مَهْجورٌ، فإذا رُفِعَ إلى آخَرَ أبطَلَهُ وجَعَلَ المُدَّعيَ على حَقِّهِ كما في "الخانيَّة"[٢].

[٢٦٣٠٨] (قولُهُ: أو بصحَّةِ طلاقِ الدَّوْرِ وبقاءِ النِّكاحِ) أي: صحَّةِ التَّعْليقِ في طلاقِ الدَّوْرِ لا صحَّةِ نَفْسِ الطَّلاقِ، فإذا قال: إنْ طَلَّقْتُكِ فأنتِ طالقٌ قبلَهُ ثلاثاً فإنَّ القَبْليَّةَ تَلغُو، وتَطلُقُ ثلاثاً؛ لأنَّ صحَّةَ تَعْليقِ الثَّلاثِ تُؤدِّي إلى إبطالِهِ، فلو قَضَى قاضٍ بصحَّةِ التَّعْليقِ وبُطْلانِ الطَّلاقِ وإبقاءِ النِّكاحِ لا يَنفُذُ.

[٢٦٣٠٩] (قولُهُ: في بابِهِ) أي: في أوَّلِ كتابِ الطَّلاقِ، وأوضحنا الكلامَ عليه هناك[٣]، فافهم.

[٢٦٣١٠] (قولُهُ: وقَضاءِ عبدٍ) استُشكِلَ بأنَّ العبدَ يَصلُحُ شاهداً عندَ "مالكٍ"[٤] و"شُرَيحٍ"[٥]، فيَصلُحُ قاضياً، فإذا اتَّصَلَ به إمضاءُ قاضٍ آخَرَ ينبغي أنْ يَنفُذَ كما في المحدودِ في القَذْفِ، "ط"[٦] عن "الهنديَّة"[٧].

٤/٣٣٠

[٢٦٣١١] (قولُهُ: مُطلقاً) أي: سواءٌ قَضَيَا على حُرٍّ أو عبدٍ، بالغٍ أو صبيٍّ، مُسلِمٍ أو كافرٍ. اهـ "ح"[٨].

[٢٦٣١٢] (قولُهُ: أبداً) مَحَلُّ ذكرِهِ بعدَ قولِهِ: ((لا يَنفُذُ)) كما في عبارةِ "الغرر"[٩].

---

(١) ٦٩/٩ "در".

(٢) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده ـ فصل فيما يقضي في المجتهدات إلخ ٤٥٨/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) المقولة [١٢٩٢٢] قوله: ((وبه)) وما بعدها.

(٤) لم نجد نصاً صريحاً عن الإمام مالك رحمه الله في صلاحية العبد للشهادة. انظر "المدونة" ١٥٤/٥، و"حاشية الدسوقي" ١٨٤/٤، و"مواهب الجليل" ٨٧/٦، ١٥٠.

(٥) انظر "مختصر اختلاف العلماء" للطحاوي ٣٣٥/٣، و"مبسوط" السرخسي ١٢٤/١٦.

(٦) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٩٥/٣.

(٧) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب التاسع عشر في القضاء في المجتهدات ٣٦١/٣.

(٨) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٨/ب.

(٩) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٩/٢.

وعَدَّ مِنها في "الأشباهِ"[١] نَيِّفاً وأربعين. وذكَرَ في "الدُّرر" لِما ينفُذُ سبعَ صورٍ، مِنها: لو[٢] قضَتِ المرأةُ بحَدٍّ وقَوَدٍ، ....

[٢٦٣١٣] (قولُهُ: وعَدَّ مِنها في "الأشباهِ" نَيِّفاً وأربعين) تقدَّمَ الكلامُ عليها آخِرَ كتابِ الوَقْفِ[٣]، فراجِعْهُ.

[٢٦٣١٤] (قولُهُ: وذكَرَ في "الدُّرر" لِما ينفُذُ سبعَ صورٍ) حيثُ قال[٤]: ((فإنْ أُمضِيَ قضاءُ مَن حُدَّ في قذفٍ وتابَ، أو قضاءُ الأعمى، أو قضاءُ امرأةٍ بحَدٍّ أو قَوَدٍ، أو قضاءُ قاضٍ لامرأتِهِ، أو قاضٍ بشهادةِ المحدُودِ التّائبِ وبشهادةِ الأعمى، وقاضٍ لامرأةٍ بشهادةِ زوجِها، وقاضٍ بحَدٍّ أو قَوَدٍ بشهادتِها نفَذَ، حتّى لو أبطَلَهُ ثانٍ نفَّذَهُ[٥] ثالثٌ؛ لأنَّ الاجتهادَ الأوَّلَ كالثّاني، والأوَّلُ تأيَّدَ باتِّصالِ القضاءِ، فلا يُنقَضُ باجتهادٍ لم يَتأيَّدْ به؛ لأنَّه دونَه)) اهـ.

قلتُ: وفي هذه العبارةِ مِن الخفاءِ ما لا يخفَى؛ لأنَّ القضاءَ في هذه السَّبعِ لا يَنفُذُ ما لم يُمضِهِ قاضٍ آخَرُ؛ لأنَّ المجتهَدَ فيه نفسُ القضاءِ لا المَقضيُّ به، فهو القسمُ الثّالثُ مِن الأقسامِ الثّلاثةِ التي ذكَرْناها[٦] عندَ قولِ "الشّارحِ": ((لو مجتهداً فيه))، فقولُ "الدُّرر": ((نفَذَ)) أي: إمضاءُ القاضي الثّاني قضاءَ القاضي الأوَّلِ المحدُودِ في قذفٍ إلخ، وقولُهُ: ((حتّى لو [٣/ق٢١٦/ب] أبطَلَهُ ثانٍ إلخ))، صوابُهُ: حتّى لو أبطَلَهُ ثالثٌ لم يَبطُلْ، فتنبَّهْ لذلك، فإنّي لم أَرَ مَن نبَّه عليه، لكنْ ما ذكَرْنا مِن أنَّه لا يَنفُذُ[٧] قضاءُ الأوَّلِ مُوافِقٌ لِما في "الزَّيلعيِّ"[٨]، وهو ظاهرٌ في الأربعةِ الأُوَلِ دونَ الثَّلاثةِ الأخيرةِ، بل هو نافذٌ فيها، فيَصِحُّ أنْ يُقالَ فيها: حتّى لو أبطَلَهُ ثانٍ نفَّذَهُ ثالثٌ،

(قولُهُ: حتّى لو أبطَلَهُ ثانٍ نفَّذَهُ ثالثٌ) مُرادُهُ بالثّاني الثّاني بالنِّسبةِ للمُنفِّذِ، لا بالنِّسبةِ للقاضي المحدُودِ

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٧٤ ـ ٢٧٥ـ.

(٢) في "و": ((ما لو)).

(٣) المقولة [٢٢١٢٥] قوله: ((قولُ "الأشباهِ" القاضي إذا قَضَى إلخ)).

(٤) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٩/٢.

(٥) في "آ": ((أنفذه)).

(٦) المقولة [٢٦٢٧٩] قوله: ((لو مُجتَهَداً فيهِ)).

(٧) في "م": ((لا ينفد))بالدال المهملة، وهو خطأ.

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٩/٤.

....

أي: نفَّذَ الثّالثُ قضاءَ الأوَّلِ؛ لأنَّه وقَعَ نافذاً، فلم يَصِحَّ إبطالُ الثّاني له، وهذا هو الموافقُ لِما قدَّمناهُ[1] في بيانِ الأقسامِ الثّلاثةِ، ويُوضِّحُهُ ما في "الخانيَّة"[2] و"البزّازيَّة"[3] وغيرِهما: ((إذا كان نفسُ القضاءِ مُختلَفاً فيه ورُفِعَ إلى قاضٍ آخَرَ لا يَراهُ له إبطالُهُ، وإذا رُفِعَ إلى مَن يَراهُ ونفَّذَهُ، ثمَّ رُفِعَ إلى ثالثٍ لا يَرى ذلك ليس له إبطالُهُ، فلو كان القاضي هو المحدودَ في قذفٍ، فرُفِعَ حُكمُهُ إلى قاضٍ آخَرَ لا يَرى جوازَهُ أبطَلَهُ الثّاني، وكذا لو قضَى لامرأتِهِ بشهادةِ رجلين لا يَجُوزُ، فلو رُفِعَ إلى آخَرَ لا يَراهُ جازَ له إبطالُهُ؛ لأنَّه كما لا يصلُحُ شاهداً لامرأتِهِ لا يصلُحُ قاضياً لها، فإنْ رُفِعَ القضاءُ الأوَّلُ إلى مَن يَرى جوازَهُ فأمضاهُ، ثمَّ رُفِعَ إمضاءُ الثّاني إلى ثالثٍ لا يَرى جوازَهُ أمضَى الثّالثُ إمضاءَ الثّاني ولا يُبطِلُهُ، وكذا قضاءُ الأعمى، وكذا قضاءُ المرأةِ في حَدٍّ أو قِصاصٍ))، وفيها[4] أيضاً: ((لو قضَى بشهادةِ محدودٍ في قذفٍ وهو يَراهُ، فرُفِعَ إلى مَن لا يَراهُ لا يُبطِلُهُ، وكذا لو قضَى بشهادةِ رجلٍ وامرأتينِ في الحُدودِ والقِصاصِ)) اهـ.

أوِ الأعمى إلخ. ومُرادُهُ بالاجتهادِ الأوَّلِ ما قضَى به المحدُودُ إلخ، وبالثّاني ما يَراهُ القاضي المُبطِلُ. ولا شكَّ أنَّ القضاءَ قد تأيَّدَ بالتّنفيذِ الذي هو القضاءُ الثّاني، وهذا بالنِّسبةِ للمسائلِ الأربعِ الأُوَلِ، وبالنِّسبةِ للمسائلِ الثّلاثِ الأخيرةِ قد تأيَّدَ الاجتهادُ بنفسِ القضاءِ فيها قبلَ التّنفيذِ، بخلافِ اجتهادِ القاضي المُبطِلِ، فإنّه لم يتأيَّدْ باتّصالِ القضاءِ به. وبهذا تتَّضِحُ عبارةُ "الدُّرر" ويُوافِقُ التّعليلُ المسائلَ السَّبعَ، وليس في كلامِهِ، إلاّ أنَّ التّنفيذَ في هذه المسائلِ صحيحٌ بدونِ أنْ يتعرَّضَ لتوقُّفِ القضاءِ الأوَّلِ عليه أوْ لا، فتأمَّلْ. وبهذا لا يظهَرُ قولُ "المحشّي": ((لأنَّ القضاءَ في هذه السَّبعِ لا يَنفُذُ ما لم يُمضِهِ قاضٍ آخَرُ))، بل هو نافذٌ في الثّلاثةِ الأخيرةِ، ومُتوقِّفٌ على الإمضاءِ في الأربعةِ الأُوَلِ.

---

(١) المقولة [٢٦٢٧٩] قوله: ((لو مُجتَهَداً فيه)).

(٢) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء إلخ ـ فصل فيما يقضي في المجتهدات إلخ ٤٥٨/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ ـ نوع في علمه ١٧٢/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المسألة في "الخانية و"البزازية"، انظر "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ـ باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء إلخ ـ فصل فيما يقضي في المجتهدات إلخ ٤٥٨/٢، و"البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ ـ نوع في علمه ١٧٢/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

وسيجيءُ متناً خلافاً لِما ذكَرَهُ "المصنِّف"[١] شرحاً. والأصلُ: أنَّ القضاءَ يَصِحُّ في موضعِ الاختلافِ لا الخلافِ، ....

والحاصلُ: أنَّ الخلافَ إذا كان بعدَ القضاءِ بأنْ كان المجتهَدُ فيه نفسَ القضاءِ الأوَّلِ لا يَنفذُ ما لم يُنْفِذْهُ قاضٍ ثانٍ، فيكونُ القضاءُ الثَّاني هو النَّافذَ، فإذا رُفِعَ إلى ثالثٍ وجَبَ عليه تنفيذُهُ، ولا يَصِحُّ إبطالُهُ إيّاهُ، بخلافِ ما إذا كان المجتهَدُ فيه نفسَ المقضيِّ به قبلَ القضاءِ[٢]، فإنَّ القضاءَ به نافذٌ بدونِ تنفيذٍ، وإذا رُفِعَ إلى آخرَ نفَّذَهُ وإنْ لم يكنْ مذهبَهُ، وهذا ما مرَّ في قولِهِ[٣]: ((وإذا رُفِعَ إليه حُكمُ قاضٍ[٤] آخرَ نفَّذَهُ))، وبخلافِ ما خالَفَ الدَّليلَ، فإنَّه لا يَنفُذُ وإنْ نفَّذَهُ ألفُ قاضٍ كما قالَهُ "الزَّيلعيُّ"[٥]، وهذا ما مرَّ في قولِهِ[٦]: ((إلاَّ ما خالَفَ كتاباً، أو سنَّةً مشهورةً، أو إجماعاً))، وبه تَمَّتِ الأقسامُ الثَّلاثةُ، فافهمْ، واغتنمْ تحريرَ هذا المقامِ.

[٢٦٣١٥] (قولُهُ: وسيجيءُ متناً) أي: في بابِ كتابِ القاضي إلى القاضي[٧]، "ح"[٨].

[٢٦٣١٦] (قولُهُ: خلافاً لِما ذكَرَهُ "المصنِّف" شرحاً) حيثُ عَدَّ هذه الصُّورةَ مِن جملةِ ما لا يَنفُذُ؛ لِمخالَفتِهِ الدَّليلَ، لكنْ نقَلَ "ط"[٩] عن "الهنديَّة"[١٠] حكايةَ قولين.

(قولُهُ: حيثُ عَدَّ هذه الصُّورةَ مِن جملةِ ما لا يَنفُذُ إلخ) دعوى المنافاةِ بينَ ما ذكَرَ "المصنِّف" شرحاً وبينَ ما في "الدُّرر" وما يجيءُ متناً غيرُ ظاهرٍ، وذلك أنَّ ما في "الدُّرر" وما يجيءُ متناً في صحَّةِ تنفيذِ قضاءِ المرأةِ في الحَدِّ والقَوَدِ، وما ذكَرَ شرحاً في عَدَمِ نفاذِ قضائها فيهما، فلا مُنافاةَ بينَ هذه العباراتِ؛ لاختلافِ الموضوعِ فيها، وما في "الهنديَّة" لا يدُلُّ على خلافٍ في صحَّةِ التَّنفيذِ، ولا على خلافٍ في عَدَمِ صحَّةِ قضائها فيهما،

---

(١) "المنح": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/ق٦١/ب.

(٢) في "م": ((الفضاء)) بالفاء، وهو خطأ.

(٣) صـ٤١٣ـ وما بعدها "در".

(٤) في "م": ((قاص)) بالصاد المهملة، وهو خطأ.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/١٨٩.

(٦) صـ٤٣١ـ وما بعدها "در".

(٧) صـ٥٨٢ـ "در".

(٨) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٨/ب.

(٩) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/١٩٥.

(١٠) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب التاسع عشر في القضاء في المجتهدات ٣/٣٦١ ـ ٣٦٢.

والفرقُ: أنَّ للأوَّلِ دليلاً لا الثّاني، وهلِ اختلافُ "الشّافعيِّ" مُعتبَرٌ؟ الأصحُّ: نَعَمْ، "صدر الشَّريعة"[١]. ....

[٢٦٣١٧] (قولُهُ: والفرقُ إلخ) هذه تفرقةٌ عُرْفيَّةٌ، وإلاّ فقد قال تعالى ﴿وَمَا ٱخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا ٱلَّذِينَ أُوتُوهُ﴾ [البقرة: ٢١٣]، ﴿وَمَا تَفَرَّقَ[٢] ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾ [البينة: ٤]، ولا دليلَ لهم، والمرادُ أنَّه خلافٌ لا دليلَ له بالنَّظرِ للمُخالِفِ، وإلاّ فالقائلُ اعتمَدَ دليلاً.

ثمَّ مسائلُ الخلافِ التي لا يُنفِّذُها هي ما تقدَّمَت[٣] في قولِهِ[٤]: ((إلاّ ما خالَفَ كتاباً إلخ))، "ط"[٥].

[٢٦٣١٨] (قولُهُ: الأصحُّ: نَعَمْ) وقيل: إنَّما يُعتبَرُ الخلافُ في الصَّدرِ الأوَّلِ، قال في "الفتح"[٦]:

ونصُّها في البابِ التّاسعِ مِن القضاءِ: ((ولو أنَّ امرأةً استُقضِيَت جازَ قضاؤها في كلِّ شيءٍ إلاّ الحُدودَ والقِصاصَ، فإنْ قضَت في الحُدودِ والقِصاصِ ثمَّ رُفِعَ قضاؤها إلى قاضٍ آخَرَ فأمضاهُ نفَذَ إمضاؤه. وفي "الخانيَّة": ولا يكونُ لغيرِهِ أنْ يُبطِلَهُ، وذكَرَ الشَّيخُ الإمامُ "فخرُ الإسلام عليٌّ البزدويُّ" في مقدِّمةِ قضاءِ "الجامعِ": أنَّه لا يَنفُذُ، وهكذا ذكَرَ في وقفِ "فتاوى النّاصحيِّ")) اهـ.

والظّاهرُ: أنَّ الضَّميرَ في ((لا يَنفُذُ)) عائدٌ إلى قضاءِ المرأةِ لا إلى تنفيذِ قضائها فيهما، والدَّليلُ على هذا عَدَمُ حكايةِ خلافٍ لأحدٍ فيهما، فلم تكنْ عبارةُ "الهنديَّة"[٧] نصّاً فيه، تأمَّلْ.

ثمَّ اعلَم أنَّه في "المنح" لم يذكُرِ التَّعليلَ الذي ذكَرَ "المحشِّي" لهذه بقولِهِ: ((لِمخالَفتِهِ الدَّليلَ))، بل ذكَرَ الأصلَ الذي في "الشّارحِ" بعدَ ذِكرِهِ المسائلَ التي لا يَنفُذُ فيها القضاءُ التي مِنها هذه المسألةُ. ثمَّ رأيتُ في "زبدةِ الدِّرايةِ" ما نصُّهُ: ((قال الإمامُ "العَتّابيُّ" في شرح "الجامع الصَّغير": امرأةٌ قُلِّدَتِ القضاءَ فقَضَت في الأموالِ صحَّ، ولو قَضَت بالحُدودِ والقِصاصِ وأمضاهُ قاضٍ يَرى جوازَهُ نفَذَ بالإجماعِ)).

(قولُهُ: وما اختلف الذين أوتوا الكتاب إلخ) التِّلاوةُ: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ﴾.

---

(١) "شرح الوقاية": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٢/٦٨ (هامش "كشف الحقائق").

(٢) في النسخ جميعها: ((وما اختلف))، والآية على ما أثبتناه، وقد نبَّه عليها الرافعيُّ رحمه الله.

(٣) صـ٤٣١ـ "در".

(٤) في "م": ((في قولاً))، وهو خطأ.

(٥) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/١٩٥.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٦/٣٩٤.

(٧) في مطبوعة "التقريرات": ((لهندية)) بلا ألف، وهو خطأ.

(يومُ الموتِ لا يدخُلُ تحتَ القضاءِ، بخلافِ يومِ القتلِ).......................

((وعندي أنَّ هذا لا يُعوَّلُ عليه، فإنْ صحَّ أنَّ "مالكاً" و"أبا حنيفةَ" و"الشّافعيَّ" مجتهدونَ فلا شكَّ في كونِ المَحلِّ اجتهاديّاً وإلاّ فلا، ولا شكَّ أنَّهم أهلُ اجتهادٍ ورفعةٍ، ويُؤيِّدُهُ ما في "الذَّخيرة": خالَعَ الأبُ الصَّغيرةَ على صَداقِها ورآهُ خيراً لها صحَّ عندَ "مالكٍ"[١]، وبَرِئَ الزَّوجُ عنه، فلو قضَى به قاضٍ نفَذَ، وسئلَ شيخُ الإسلامِ "عطاءُ بنُ حمزةَ"[٢] عن أبي الصَّغيرةِ زوَّجَها مِن صغيرٍ وقَبِلَ أبوهُ، وكَبِرَ الصَّغيرانِ وبينَهما غَيْبةٌ مُنقطِعةٌ وقد كان التَّزوُّجُ بشهادةِ الفَسَقةِ: هل يَجُوزُ للقاضي أنْ يبعَثَ إلى شافعيٍّ المذهبِ ليُبطِلَ هذا النِّكاحَ بسببِ أنَّه كان بشهادةِ الفَسَقةِ؟ قال: نَعَمْ)) اهـ "ط"[٣].

قلتُ: والمسألةُ الثّانيةُ لم أَرَها في "الفتح"[٤]، بل ذكَرَ مسألةً غيرَها[٥]، وذكَرَ عبارتَهُ في "البحر"[٦].

مطلبٌ: يومُ الموتِ لا يدخُلُ تحتَ القضاءِ

[٢٦٣١٩] (قولُهُ: يومُ الموتِ لا يدخُلُ تحتَ القضاءِ) أي: لا يُقضَى به قصداً، بأنْ تنازَعَ الخَصمانِ في يومِ موتِ آخَرَ أنَّه كان في يومِ كذا، بخلافِ ما إذا كان المقصودُ غيرَهُ كتقديمِ مِلكِ

(قولُهُ: أي: لا يُقضَى به قصداً، بأنْ تنازَعَ الخَصمانِ إلخ) لا تتأتَّى المنازعةُ فيه قصداً بانفرادِهِ؛ إذ هو ليس مَحلَّ خصومةٍ، بل لا بدَّ أنْ يكونَ مع دعوى حَقٍّ آخَرَ، إلاّ أنَّه تارةً يُقضَى به تَبَعاً، وتارةً لا يُقضَى كما يظهَرُ مِن الفروعِ الآتيةِ. ثمَّ رأيتُ في "حاشية القَرَمانيِّ" على "الفصولين": ((يومُ الموتِ داخلٌ تحتَ الحُكمِ إذا وقَعَ النِّزاعُ في تقدُّمِ المِلْكِ قصداً كما صرَّحَ به "البزّازيُّ"، وكذا يومُ التَّزوُّجِ. وأمّا مجرَّدُ دعوى

(١) "المدونة الكبرى": كتاب إرخاء الستور ـ خلع الأب على ابنه وابنته ٢/٣٥٠.

(٢) هو أبو الحسن عطاء بن حمزة السُّغدي، من أئمة المذهب، أخذ عنه جماعة منهم نجم الدين عمر النسفي. ("الفوائد البهية" صـ١١٦ـ).

(٣) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/١٩٥ ـ ١٩٦.

(٤) ولم نقف عليها نحن أيضاً في "الفتح".

(٥) أول المسألة: ((وفي حيض "منهاج الشريعة" عن مالك ....)) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٦/٣٩٤.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٢.

فلو بَرهَنَ على موتِ أبيهِ في يومِ كذا، ثمَّ بَرهَنَتِ امرأةٌ أنَّ الميْتَ نكَحَها بعدَ ذلك

أحدِهما، ولذا قال في "البزّازيَّة"[1]: ((فإنِ ادَّعَيا [٣/ق٢١٧/أ] الميراثَ وكلٌّ مِنهما يقولُ: هذا لي وِرثْتُهُ مِن أبي: إنْ في يدِ ثالثٍ ولم يُؤرِّخا، أو أرَّخا تاريخاً واحداً فأنصافاً، وإنْ أحدُهما أسبقَ فهو له عندَ "الإمامين"، وليس فيه القولُ بدخولِ يومِ الموتِ تحتَ القضاءِ؛ لأنَّ النِّزاعَ وقَعَ في تقديمِ المِلكِ قصداً)) اهـ. وفيها[2]: ((ادَّعَى على آخرَ ضيعةً بأنَّها كانت لفُلانٍ ووَرِثَتها مِنه أختُهُ فُلانةٌ فماتَت وأنا وارِثُها وبَرهَنَ تُسمَعُ، ولو بَرهَنَ المطلوبُ أنَّ فُلانةً ماتَت قبلَ فُلانٍ ـ يعني: مُورِّثَها ـ صحَّ الدَّفعُ، وفيه نظرٌ؛ لِما تقرَّرَ أنَّ زمانَ الموتِ لا يدخُلُ تحتَ القضاء، قيل: النِّزاعُ لم يقَعْ في الموتِ المجرَّدِ، فصار كالوَرَثةِ تنازَعُوا في تقديمِ موتِ المُورِّثِ مِن المُورِّثِ الآخَرِ قبلَهُ وبعدَهُ، كابنِ الابنِ مع الابنِ إذا تنازَعا في تقديمِ موتِ أبيهِ قبلَ الجَدِّ أو بعدَهُ)) اهـ.

٤/٣٣١ [٢٦٣٢٠] (قولُهُ: فلو بَرهَنَ على موتِ أبيهِ) أي: بأنِ ادَّعَى شيئاً لأبيهِ، وبَرهَنَ أنَّ أباهُ ماتَ وتَركَهُ ميراثاً، وأنَّه ماتَ يومَ كذا، "بيريّ"[3] عن "شرح أدب القضاء"[4].

يومِ الموتِ فلا يدخُلُ تحتَ الحُكمِ، فإذا وقَعَ النِّزاعُ في تقدُّمِ المِلكِ قصداً ويومِ الموتِ تَبَعاً يدخُلُ تحتَ الحُكمِ تَبَعاً، فكم مِن شيءٍ يثبُتُ تَبَعاً ولا يثبُتُ قصداً، وأكثرُ اعتراضاتِ "المصنِّف" مبنيٌّ على عَدَمِ التَّفرقةِ)) اهـ. وقال في "نور العين": ((يدلُّ على وجودِ الخلافِ في مسألةِ الوكالةِ، وهي: ما لو بَرهَنَ على وكالتِهِ وحُكِمَ له بها، ثمَّ المطلوبُ ادَّعَى أنَّ الطّالبَ ماتَ قبلَ دعواهُ وليس له حَقُّ القَبْضِ تَصِحُّ الدَّعوى)) اهـ.

(قولُهُ: وفيها: ادَّعَى على آخرَ ضيعةً إلخ) ذكَرَ في "الظَّهيريَّة" هذه المسألةَ، وأنَّ فيها خلافاً على ما نقَلَهُ عنه "السِّنديُّ"، والظّاهرُ اعتمادُ عَدَمِ سماعِ هذا الدَّفعِ، بل هو الصَّوابُ على ما يأتي في مسألةِ ما لو بَرهَنَ أنَّه شَراهُ مِن أبيهِ منذُ سنةٍ، وبَرهَنَ ذو اليدِ على موتِهِ منذُ سنتينِ، وما ذُكِرَ فيها مِن التَّعليلِ لدَفْعِ النَّظرِ غيرُ ظاهرٍ.

---

(١) "البزازية": كتاب الدعوى ـ الفصل الثالث عشر في تنازع الرجلين إلخ ٣٧١/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البزازية": كتاب الدعوى ـ الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض إلخ ـ نوع في الميراث ٣٩٨/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ق١١٩/أ بتصرف.

(٤) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والخمسون في المُدَّعِي يدَّعِي شيئاً إلخ ٢٥٩/٣.

قُضِيَ بالنِّكاحِ، ولو بَرهَنَ على قتلِهِ فيه، فبَرهَنَت أنَّ المقتولَ نكَحَها بعدَهُ لا تُقبَلُ،

[٢٦٣٢١] (قولُهُ: قُضِيَ بالنِّكاحِ) أي: فيُجعَلُ لها الصَّداقُ والميراثُ مع الابنِ؛ لأنَّ يومَ المـوتِ لا يدخُلُ تحتَ القضاءِ؛ لأنَّه لا يتعلَّقُ به حُكمٌ؛ لأنَّ الميراثَ لا يُستحَقُّ بـالموتِ، بـل بسببٍ سابقٍ على الموتِ، والنِّكاحُ سببٌ سابقٌ، وإذا لم يدخُلْ يومُ الموتِ تحتَ القضاءِ جُعِلَ وجودُ ذلـك التّـاريخِ وعَدَمُهُ سواءً، ولو عُدِمَ تُقبَلُ البيِّنتانِ جميعاً، ويُقضَى بحَقِّ كلِّ واحدٍ مِنهما؛ لأنَّ العملَ بهما ممكـنٌ، فكذا هنا. اهـ "بيريّ"[١] عن "شرح أدب القضاء"[٢]، وفيه[٣] عن "الخانيَّة"[٤]: ((ويقضي لها القاضي بالمَهرِ والميراثِ، سواءٌ قضَى القاضي ببيِّنةِ الابنِ أوْ لا؛ لأنَّ القضاءَ ببيِّنةِ الابنِ بموتِ الأبِ لا بوقـتِ موتِهِ؛ لأنَّ حُكمَ الموتِ لا يتعلَّقُ بوقتِ الموتِ، بل في أيِّ وقتٍ يموتُ يكـونُ مالُـهُ لوَرَثَتِـهِ، فصـار كأنَّ الابنَ أقامَ البيِّنةَ على موتِ الأبِ ولم يَذكُرِ الوقتَ، وذلك لا يَمنَعُ قَبُولَ بيِّنةِ المرأةِ)) اهـ.

(تنبيهٌ)

ذكَـرَ "الخيرُ الرَّملـيُّ" في "حاشية البحر" مِن بـابِ دعـوى الرَّجلين: ((إذا كـان المـوتُ مُستفيضاً، عَلِمَ به كلُّ كبيرٍ وصغـيرٍ وعـالمٍ وجـاهلٍ لا يقضـي للخصمِ، ولا يكـونُ بطريـقِ أنَّ القاضيَ قَبِلَ البيِّنةَ على ذلك الموتِ، بل بطريقِ التَّيقُّنِ بكذبِ المُدَّعي، وارجع إلى "التاترخانيـة"[٥] مِن كتابِ الشَّهادةِ في الفصلِ الثّامنَ عشرَ يظهَرْ لك صحَّةُ ما قُلتُهُ)) اهـ. ويأتي[٦] ما يُؤيِّدُهُ.

[٢٦٣٢٢] (قولُهُ: لا تُقبَلُ) قال في "الأجناس": ((وفرَّقَ "محمَّدٌ" بينَهما بأنَّ القتلَ يتعلَّقُ به

---

(١) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ق١١٩/أ ـ ب.

(٢) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والخمسون في المدعي يدعي شيئاً إلخ ٢٥٩/٣.

(٣) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ق١١٩/ب.

(٤) "الخانية": كتاب الشهادات ـ باب من الشهادة التي يكذب المدعي إلخ ـ فصل في تكذيـب المدعي الشـهود ٤٨٢/٢ (هامش "الفتاوى الهندية")..

(٥) في النسخ جميعها: (("الخانية"))، وما أثبتناه هو صريح عبارة ابن عابدين رحمه الله في حاشيته "منحة الخـالق على البحر الرائق" ٢٣٦/٧، على أننا لم نعثر على المسألة في "الخانية"، وهي في "التاترخانيـة": كتـاب الشـهادات ــ الفصـل الثـامن عشر في ترجيح أحد البينتين على الأخرى ١٤٨/٥/ب.

(٦) المقولة [٢٦٣٢٤] قوله: ((إلاّ في مسألةِ الزَّوجةِ إلخ)).

وكذا جميعُ العُقودِ والمُداينات، إلاّ في مسألةِ الزَّوجةِ التي معها ولَدٌ، فإنَّه تُقبَلُ بيِّنتُها بتاريخٍ مُناقضٍ لِما قضَى القاضي به مِن يومِ القتلِ، "أشباه"(١). ....

حَقٌّ لازمٌ، والموتُ ليس فيه حَقٌّ لازمٌ(٢). وبيانُهُ: أنَّ القتلَ ظُلماً لم يَخْلُ عن قِصاصٍ أو دِيَةٍ، وفي قَبُولِ بيِّنةِ المرأةِ على النِّكاحِ في زمانٍ مُتأخِّرٍ إسقاطُ أصلِ القتلِ؛ لامتناعِ أنْ يكونَ مقتولاً في زمانٍ ثمَّ يبقَى حيّاً فيتزوَّجُ، فكانَ ثُبوتُ القتلِ يتضمَّنُ حَقّاً لازماً، فلمّا تضمَّنَت بيِّنةُ المرأةِ إسقاطَ هذا الحَقِّ لم يُعتدَّ بها، ولا كذلك بيِّنةُ الابنِ على الموتِ؛ لأنَّ المرأةَ بيِّنتُها لا تتضمَّنُ إسقاطَ حَقِّ الابنِ؛ لأنَّ الابنَ يَرِثُ مع المرأةِ كما يَرِثُ إذا انفَرَدَ، فلم تتعارَضِ البيِّنتانِ في الإرثِ بينَ إسقاطِهِ وإثباتِهِ، فلذلك لم يَمتنِعْ قَبُولُ بيِّنتِها)) اهـ. وفي "البزّازيَّة"(٣): ((وكذا لو بَرهَنَ الوارثُ أنَّه قتَلَ مُورِّثَهُ، فبَرهَنَ المُدَّعَى عليه أنَّه قتَلَهُ فُلانٌ قبلَ هذا اليومِ بزمانٍ يكونُ دَفْعاً؛ لدُخولِهِ تحتَ القضاءِ)) اهـ "بيريّ"(٤).

[٢٦٣٢٣] (قولُهُ: وكذا جميعُ العُقودِ) كالبَيعِ، والهبةِ، والنِّكاحِ، فإنَّها كالقتلِ تدخُلُ تحتَ القضاءِ، فلو بَرهَنَ أنَّه باعَهُ كذا يومَ كذا، وبَرهَنَ آخَرُ أنَّه باعَهُ بعدَ ذلك لم تُقبَلْ، ولو بَرهَنَ أنَّه باعَهُ قبلَهُ يكونُ دَفْعاً، وفي "الولوالجيَّة"(٥): ((ولو أقامَتِ امرأةٌ البيِّنةَ أنَّه تزوَّجَها يومَ النَّحرِ بمكَّةَ فقُضِيَ بشهودِها، ثمَّ أقامَت أُخرَى بيِّنةً أنَّه تزوَّجَها يومَ النَّحرِ بخُراسانَ لا تُقبَلُ بيِّنتُها؛ لأنَّ النِّكاحَ يدخُلُ تحتَ القضاءِ، فاعتُبِرَ ذلك التّاريخُ)).

[٢٦٣٢٤] (قولُهُ: إلاّ في مسألةِ الزَّوجةِ إلخ) أي: فإنَّ يومَ القتلِ لا يدخُلُ فيها تحتَ القضاءِ، وصورتُها ـ كما في "البحر"(٦) عن "الظَّهيريَّة"(٧) ـ: ((ادَّعَى على رجلٍ أنَّه قتَلَ أباهُ عَمْداً بالسَّيفِ منذُ عشرينَ سنةً، وأنَّه وارثُهُ لا وارثَ له [٣/ق٢١٧/ب] سواهُ، وأقامَ البيِّنةَ على ذلك،

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٦٠ـ.

(٢) ((والموت ليس فيه حق لازم)) ليس في "الأصل".

(٣) "البزازية": كتاب الدعوى ـ الفصل الثاني في دعوى النكاح ٣٦٨/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ق١٢٠/أ بتصرف.

(٥) "الولوالجية": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع إلخ ٦١/٤.

(٦) "البحر": كتاب الدعوى ـ باب دعوى الرجلين ٢٣٦/٧.

(٧) "الظهيرية": كتاب الدعوى والبينات ـ الفصل الثاني في دعوى الملك المطلق ودعوى النتاج ق٣٠٧/أ.

....

فجاءَتِ امرأةٌ ومعها ولَدٌ، وأقامَتِ البيِّنةَ أنَّ والدَ هذا تزوَّجَها منذُ خمس عشرَةَ سنةً[1]، وأنَّ هذا ولَدُهُ مِنها ووارِثُهُ مع ابنِهِ هذا، قال "أبو حنيفةَ": أستحسِنُ في هذا أنْ أُجيزَ بيِّنةَ المرأةِ، وأُثبِتَ نسَبَ الولَدِ، ولا أُبطِلَ بيِّنةَ الابنِ على القتلِ. وكأنَّ هذا الاستحسانَ للاحتياطِ في أمرِ النَّسبِ، بدليلِ أنَّها لو أقامَتِ البيِّنةَ على النِّكاحِ ولم تأتِ بالولَدِ فالبيِّنةُ بيِّنةُ الابنِ، وله الميراثُ دونَ المرأةِ، وهذا قولُ "أبي يوسفَ" و"محمَّدٍ")) اهـ. لكنَّ قولَهُ: ((ولا أُبطِلَ بيِّنةَ الابنِ على القتلِ)) يُنافي دعوى الاستثناءِ، وعن هذا قال "الخيرُ الرَّمليُّ" في "حاشية البحر" في أوَّلِ بابِ دعوى الرَّجلينِ: ((الظّاهرُ أنَّ حرفَ النَّفيِ زائدٌ، ولم يذكُرْهُ في "التَّتارخانيَّة"، حيثُ قال: وأُبطِلُ بيِّنةَ الابنِ على القتلِ، والقياسُ أنْ يقضيَ ببيِّنةِ القتلِ)) اهـ.

قلتُ: ويُستثنَى أيضاً مسألةٌ أُخرى ذكَرَها في دعوى "البحر"[2] عن "خزانة الأكمل": ((برهَنَ أنَّه قتَلَ أبي منذُ سنةٍ، وبرهَنَ المشهودُ عليه أنَّ أباهُ صلَّى بالنّاسِ الجُمعةَ الماضيةَ، قال "أبو حنيفةَ": الأَخْذُ بالأحدَثِ أَولى إذا كان شيئاً مشهوراً)) اهـ. قال "الرَّمليُّ": ((وهذا يُقيِّدُ به ما مضَى أيضاً، وهو قيدٌ لازمٌ لا بدَّ مِنه، حتّى لوِ اشتهَرَ موتُ رجلٍ عندَ النّاسِ منذُ عشرينَ سنةً، فادَّعَى رجلٌ أنَّه اشترَى مِنه دارَهُ منذُ سنةٍ لا يُقبَلُ. ثمَّ رأيتُ ما يشهَدُ به صريحاً في "التَّتارخانيَّة" في الفصلِ الثّامنِ في التَّهاتُرِ: لوِ ادَّعَى المشهودُ عليه أنَّ الشُّهودَ محدُودونَ في قذفٍ مِن قاضي بلدِ كذا، فأقامَ الشُّهودُ أنَّ القاضيَ ماتَ في سنةِ كذا لا يقضي به إذا كان موتُ القاضي قبلَ تاريخِ شُهودِ المُدَّعَى عليه مُستفيضاً. اهـ مختصَراً، فراجِعْهُ إنْ شئتَ)) اهـ. ٤/٣٣٢

(قولُهُ: يُنافي دعوى الاستثناء) لا مُنافاةَ كما هو ظاهرٌ، فإنَّه إذا صحَّ القَبُولُ بالنِّسبةِ للقتلِ لا الوقتِ صحَّ الاستثناءُ مِن قولِهِ: ((بخلافِ يومِ القتلِ))، والمرادُ بإبطالِ بيِّنةِ الابنِ على القتلِ ـ كما وقَعَ في عبارةِ "التَّتارخانيَّة" ـ إبطالُها مِن حيثُ التّاريخُ، فلا تُنافي ما في "الظَّهيريَّة".

---

(١) في النسخ جميعها: ((منذ خمسة عشر سنةً))، وما أثبتناه هو الصواب، وقد نبّه عليه مصحِّح "ب".

(٢) "البحر": كتاب الدعوى ـ باب دعوى الرجلين ٢٣٦/٧.

واستثنى مُحشُّوها[١] مِن الأوَّلِ مسائلَ، مِنها: ادَّعَياهُ ميراثاً فلأسبَقِهما تاريخاً. بَرهَنَ الوكيلُ على وكالتِهِ وحكم بها، فادَّعَى المطلوبُ موتَ الطّالبِ صحَّ الدَّفعُ. بَرهَنَ أنَّه شَراهُ مِن أبيهِ منذُ سنةٍ، وبَرهَنَ ذو اليَدِ على موتِهِ منذُ سنتينِ لم تُسمَعْ، وقيل: تُسمَعُ. وسِرُّهُ: أنَّ القضاءَ بالبيِّنةِ عبارةٌ عن رَفْعِ النِّزاعِ، ....

[٢٦٣٢٥] (قولُهُ: مِن الأوَّلِ) وهو أنَّ يومَ الموتِ لا يدخُلُ تحتَ القضاءِ.

[٢٦٣٢٦] (قولُهُ: ادَّعَياهُ ميراثاً إلخ) قدَّمناهُ[٢] عن "البزّازيَّة".

[٢٦٣٢٧] (قولُهُ: بَرهَنَ الوكيلُ) أي: بقَبْضِ المالِ، "جامع الفصولين"[٣].

[٢٦٣٢٨] (قولُهُ: صحَّ الدَّفعُ) أي: إذا بَرهَنَ المطلوبُ على الموتِ؛ لأنَّه يَنعزِلُ به الوكيلُ، فالحُكمُ بالموتِ هنا لا لذاتِهِ، بل لأجْلِ العَزْلِ.

[٢٦٣٢٩] (قولُهُ: مِن أبيهِ) أي: أبي[٤] ذي اليَدِ.

[٢٦٣٣٠] (قولُهُ: لم تُسمَعْ) هو الصَّوابُ؛ لأنَّ يومَ الموتِ لا يدخُلُ تحتَ القضاءِ. اهـ "قنية"[٥]، مِن بابِ دَفْعِ الدَّعاوى.

قلتُ: ووجهُهُ أنَّه قضاءٌ بيومِ الموتِ قصداً؛ لأنَّ ما تضمَّنَهُ ـ وهو عَدَمُ الشِّراءِ ـ لا تَصِحُّ البيِّنةُ عليه؛ لأنَّه نفيٌ، فتمَحَّضَ قضاءً بالموتِ، فلا يَصِحُّ.

[٢٦٣٣١] (قولُهُ: وقيل: تُسمَعُ) وعليه فهي من المستثنياتِ كما في "البحر"[٦].

[٢٦٣٣٢] (قولُهُ: وسِرُّهُ إلخ) مُرتبِطٌ بالمتنِ، والمرادُ بيانُ وجهِ الفرقِ، ولَمّا كان خَفيّاً عبَّرَ عنه بالسِّرِّ.

---

(١) انظر "غمز عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ٢/٣٢٤.

(٢) المقولة [٢٦٣١٩] قوله: ((يومُ الموتِ لا يدخُلُ تحتَ القضاء)).

(٣) "جامع الفصولين": الفصل العاشر في التناقض في الدعوى وفي دعاوي الدفع وما يتصل به، وفي آخره التناقض في النسب ١/١٠٩.

(٤) في "م": ((أي: مِنْ أبي)).

(٥) "القنية": كتاب الدعوى ق١٤٧/أ، نقلاً عن عمر الحافظ، و"الواقعات الكبرى" للناطفي، و"المحيط".

(٦) "البحر": كتاب الدعوى ـ باب دعوى الرجلين ٧/٢٣٦.

والموتُ مِن حيثُ إنَّه موتٌ ليس مَحلاً للنِّزاعِ لِيَرتفِعَ بإثباتِهِ، بخلافِ القتلِ، فإنَّه مِن حيثُ هو مَحلٌّ للنِّزاعِ كما لا يخفَى. (وينفذُ القضاءُ بشهادةِ الزُّورِ ظاهراً وباطناً) حيثُ كان المَحلُّ قابلاً ....

[٢٦٣٣٣] (قولُهُ: مِن حيثُ إنَّه موتٌ) أمَّا إذا كان المقصودُ مِن ذِكرِهِ غيرَهُ مِمّا تُقامُ عليه البيِّنةُ فيكونُ هو مَحلَّ النِّزاعِ، فيدخُلُ تحتَ القضاءِ كمسألةِ دعوى الميراثِ، فإنَّ المقصودَ مِن تاريخِ الموتِ تقدُّمُ المِلْكِ، وكمسألةِ دعوى الوكالةِ، فإنَّ المقصودَ مِنه انعزالُ الوكيلِ.

[٢٦٣٣٤] (قولُهُ: فإنَّه مِن حيثُ هو مَحلٌّ للنِّزاعِ) قدَّمنا[١] وجهَهُ في عبارةِ "الأجناس".

مطلبٌ في القضاءِ بشهادةِ الزُّورِ

[٢٦٣٣٥] (قولُهُ: وينفذُ القضاءُ بشهادةِ الزُّورِ) قيَّد بها لأنَّه لو ظهَرَ الشُّهودُ عبيداً، أو كُفّاراً، أو محدودينَ في قذفٍ لم ينفُذْ إجماعاً؛ لأنَّها ليست بحُجَّةٍ أصلاً بخلافِ الفُسّاقِ على ما عُرِفَ؛ ولإمكانِ الوقوفِ عليهم، فلم تكنْ شهادتُهم حُجَّةً، "بحر"[٢]، ثمَّ قال[٢]: ((وفي "القنية"[٣]: ادَّعى عليه جاريةً أنَّه اشتراها بكذا فأنكرَ، فحُلِّفَ فنكَلَ، فقُضِيَ عليه بالنُّكولِ تَحِلُّ الجاريةُ للمدَّعي دِيانةً وقضاءً كما في شهادةِ الزُّورِ. اهـ. فعلى هذا: القضاءُ بالنُّكولِ كالقضاءِ بشهادةِ الزُّورِ)) اهـ.

[٢٦٣٣٦] (قولُهُ: ظاهراً وباطناً) المرادُ بالنَّفاذِ ظاهراً: أنْ يُسلِّمَ القاضي المرأةَ إلى الرَّجلِ، ويقولَ: سَلِّمي نفسَكِ إليه فإنَّه زوجُكِ، ويَقْضِيَ بالنَّفقةِ والقَسْمِ. وبالنَّفاذِ باطناً: أنْ يَحِلَّ له وطؤها، ويَحِلَّ لها التَّمكينُ فيما بينَها وبينَ اللهِ تعالى، "ط"[٤].

[٢٦٣٣٧] (قولُهُ: حيثُ كان المَحلُّ قابلاً إلخ) شرطانِ للنَّفاذِ، ويأتي[٥] في كلامِ "الشّارحِ" مُحترَزُهما.

(قولُهُ: فعلى هذا: القضاءُ بالنُّكولِ كالقضاءِ بشهادةِ الزُّورِ) إنَّما يظهَرُ أنَّه كالقضاءِ بشهادةِ الزُّورِ على أنَّه بَذْلٌ، وعلى أنَّه إقرارٌ لا يظهَرُ، فإنَّ القضاءَ في الإقرارِ قضاءُ إعانةٍ، فهو بمنزلةِ الفتوى.

---

(١) المقولة [٢٦٣٢٢] قوله: ((لا تُقبَلُ)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٥/٧.

(٣) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب ما يُنقَضُ به القضاء وما لا يُنقَضُ إلخ ق١٣٠/أ، نقلاً عن القاضي عبد الجبار.

(٤) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٩٦/٣.

(٥) صـ٤٦٠ـ "در".

والقاضي غيرَ عالمٍ بزُورِهم (في العُقودِ) كـ: بَيْعٍ، ونكاحٍ (والفُسُوخِ) كـ: إقالةٍ، وطَلاقٍ؛ لقولِ "عليٍّ" رضي اللهُ تعالى عنه لتلك المرأةِ:..............................

[٢٦٣٣٨] (قولُهُ: في العُقودِ) أطلَقَها فشَمِلَ عُقودَ التَّبرُّعاتِ، قالوا: وفي الهبةِ [٣/ق٢١٨/أ] والصَّدَقةِ روايتانِ، وكذا في البَيعِ بأقلَّ مِن قيمتِهِ، في روايةٍ: لا ينفُذُ باطناً؛ لأنَّ القاضيَ لا يَملِكُ إنشاءَ التَّبرُّعاتِ في مِلكِ الغيرِ، والبَيعُ بأقلَّ تبرُّعٌ مِن وجهٍ، "بحر"[1].

[٢٦٣٣٩] (قولُهُ: كـ: بَيْعٍ، ونكاحٍ) فلو قضَى ببَيْعِ أَمةٍ بشهادةِ زُورٍ حَلَّ للمُنكِرِ وطؤها، وكذا لوِ ادَّعَى على امرأةٍ نكاحاً وهي جاحدةٌ، أو بالعكسِ، وقضَى بالنِّكاحِ كذلك حَلَّ للمدَّعي الوطءُ ولها التَّمكينُ عندَهُ، "بحر"[2].

[٢٦٣٤٠] (قولُهُ: والفُسُوخِ) أرادَ بها ما يَرفَعُ حُكمَ العقدِ فيشمَلُ الطَّلاقَ، ومِن فروعِها: ادَّعَت أنَّه طلَّقَها ثلاثاً وهو يُنكِرُ، وأقامَت بيِّنةَ زُورٍ فقضَى بالفُرقةِ، فتزوَّجَت بآخَرَ بعدَ العِدَّةِ حَلَّ له وطؤها عندَ اللهِ تعالى وإنْ عَلِمَ بحقيقةِ الحالِ، وحَلَّ لأحدِ الشّاهدَينِ أنْ يتزوَّجَها ويطأها، ولا يَحِلُّ للأوَّلِ وطؤها، ولا يَحِلُّ لها تمكينُهُ، "بحر"[2].

[٢٦٣٤١] (قولُهُ: لقولِ "عليٍّ" إلخ) قال "محمَّدٌ" رحِمَهُ اللهُ تعالى في "الأصلِ"[3]: ((بلَغَنا عن "عليٍّ" كرَّمَ اللهُ وجهَهُ أنَّ رجلاً أقامَ عندَهُ بيِّنةً على امرأةٍ أنَّه تزوَّجَها، فأنكَرَت، فقضَى له بالمرأةِ، فقالت: إنَّه لم يتزوَّجْني، فأمّا إذا قضَيتَ عليَّ فجدِّدْ نكاحي، فقال: لا أُجدِّدُ نكاحَكِ، الشّاهدانِ زوَّجاكِ))، قال: ((وبهذا نأخُذُ، فلو لم ينعَقِدِ النِّكاحُ بينَهما باطناً بالقضاءِ لَما امتنَعَ مِن تجديدِ العقدِ عندَ طلَبِها ورَغبةِ الزَّوجِ فيها، وقد كان في ذلك تحصينُها مِن الزِّنا وصيانةُ مائهِ)) اهـ مِن رسالةِ العلاّمةِ "قاسمٍ" المؤلَّفةِ في هذه المسألةِ[4].

(قولُهُ: فلو قضَى ببَيْعِ أَمةٍ بشهادةِ زُورٍ حَلَّ للمُنكِرِ وطؤها) وهو المشتري، بأنْ كانتِ الدَّعوى مِن قِبَلِ البائعِ والمشتري يُنكِرُ.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٥.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٤.

(٣) لم نعثر على هذا النقل فيما هو مطبوع من كتاب "الأصل".

(٤) لم نقف عليها.

((شاهِداكِ زوَّجاكِ))[(١)]، وقالا و"زُفَرُ" و"الثّلاثةُ"[(٢)]: ظاهراً فقط، وعليه الفتوى، "شُرنبُلاليَّة"[(٣)] عن "البرهان"، ....

وقولُهُ: ((وبهذا نأخذُ)) دليلٌ لِما حَكاهُ "الطَّحاويُّ"[(٤)]: ((مِن أنَّ قولَ "محمَّدٍ" كقولِ "أبي حنيفةَ")).

[٢٦٣٤٢] (قولُهُ: ظاهراً فقط) أي: ينفذُ ظاهراً لا باطناً، لأنَّ شهادةَ الزُّورِ حُجَّةٌ ظاهراً لا باطناً، فينفذُ القضاءُ كذلك؛ لأنَّ القضاءَ ينفذُ بقَدْرِ الحُجَّةِ، "درر"[(٥)].

[٢٦٣٤٣] (قولُهُ: وعليه الفتوى) نقَلَهُ أيضاً في "القُهستانيِّ"[(٦)] عن "الحقائق"[(٧)]، وفي "البحر"[(٨)] عن "أبي اللَّيث"، لكنْ قال[(٨)]: ((وفي "الفتح"[(٩)] مِن النِّكاحِ: وقولُ "أبي حنيفةَ" هو الوَجْهُ)) اهـ.

---

(١) قال الجصّاصُ في "أحكام القرآن" ٣١٤/١: ذَكَرَ أبو يوسفَ عن عمرِو بنِ أبي المقدامِ عن أبيه: ((أنَّ رجلاً مِن الحيِّ خَطَبَ امرأةً وهو دونَها في الحَسَبِ، فأَبَتْ أنْ تَزَوَّجَهُ، فادَّعَى أنَّه تَزَوَّجَها وأقامَ شاهدَينِ عندَ عليٍّ، فقالت: إنِّي لم أتزَوَّجْهُ: قال: قد زَوَّجَكِ الشّاهدانِ، فأَمضَى عليهما النِّكاحَ)).

قال أبو يوسفَ: وكَتَبَ إلى شعبةَ بنِ الحَجّاجِ يَروِيهِ عن زيدٍ: أنَّ رجلَينِ شَهِدا على رجلٍ أنَّه طَلَّقَ امرأتَهُ بزُوْرٍ، ففَرَّقَ القاضي بينَهما ثُمَّ تَزَوَّجَها أحدُ الشّاهدَينِ قال الشَّعبيُّ: ذلك جائزٌ.

وعمرُو بنُ أبي المقدامِ: هو عمرُو بنُ ثابتِ بنِ هُرمُزَ، رافضيٌّ خبيثٌ يَسُبُّ السَّلَفَ، ولذلك تَرَكَهُ ابنُ المباركِ والنّسائيُّ، ومع ذلك قال أبو حاتم: ضعيفُ الحديثِ، يُكتَبُ حديثُهُ، كان رديءَ الرّأيِ شديدَ التَّشَيُّعِ، قال البخاريُّ: ليس بالقويِّ عندَهم. واللهُ أعلَمُ.

أمّا أبوهُ ثابتُ بنُ هُرمُزَ: فثقةٌ، وثَّقَهُ النَّسائيُّ ويعقوبُ بنُ سفيانَ وابنُ المدينيِّ وأحمدُ بنُ صالحٍ وزادَ: كان شيخاً عالياً صاحبَ سنَّةٍ، سَمِعَ سعيدَ بنَ جبيرٍ وزيدَ بن وهبٍ وحَبَّةَ العُرَنيَّ وطبقتَهم، فلم يكنْ ليُدرِكَ عليّاً.

(٢) "المغني" كتاب القضاء ـ فصل: حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته ٥٣٦/١٣ وما بعدها. "نهاية المحتاج": كتاب القضاء ـ فصل في آداب القضاء وغيرها ٢٥٨/٨. "بداية المجتهد ونهاية المقتصد": كتاب الأقضية ـ الباب الثاني في معرفة ما يقضى به ٤٦١/٢.

(٣) "الشرنبلالية": كتاب القضاء ٤٠٩/٢ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) لم نعثر على المسألة فيما بين أيدينا من كتب الطحاوي.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٩/٢.

(٦) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢٣٠/٢.

(٧) "حقائق المنظومة": كتاب أدب القاضي ق٧٩/ب.

(٨) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٤/٧.

(٩) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ١٥٦/٣.

(بخلافِ الأملاكِ المُرسَلةِ) أي: المطلَقةِ عن ذِكرِ سببِ المِلْكِ فظاهراً فقط إجماعاً؛ لتَزاحُمِ الأسبابِ،..

قلتُ: وقد حقَّقَ العلاّمةُ "قاسمٌ" في "رسالته" قولَ "الإمامِ" بما لا مَزيدَ عليه، ثمَّ أَورَدَ عليه إشكالاً وأجابَ عنه، وعليه المتونُ.

[٢٦٣٤٤] (قولُهُ: بخلافِ الأملاكِ المُرسَلةِ) وهي التي لم يُذكَرْ لها سببٌ مُعيَّنٌ؛ فإنَّهم أجمعُوا أنَّه ينفُذُ فيها ظاهراً لا باطناً؛ لأنَّ المِلكَ لا بدَّ له مِن سببٍ، وليس بعضُ الأسبابِ بأَولى مِن البعضِ؛ لتَزاحُمِها، فلا يمكنُ إثباتُ السَّببِ سابقاً على القضاءِ بطريقِ الاقتضاءِ، وفي النِّكاحِ والشِّراءِ يتقدَّمُ النِّكاحُ والشِّراءُ تصحيحاً للقضاءِ، "درر"[١]. قال في "البحر"[٢]: ((ولو حذَفَ ((الأملاك)) لكان أَولى؛ ليشمَلَ ما إذا شَهِدُوا بزُورٍ بدَيْنٍ لم يُبيِّنُوا سبَبَهُ، فإنَّه لا ينفُذُ، وفي حُكمِ المُرسَلةِ الإرثُ كما يأتي، وظاهرُ اقتصارِهِ عليها أنَّه لا ينفُذُ باطناً في النَّسبِ إجماعاً كما في "المحيط" عن بعضِ المشايخِ، ونصَّ "الخَصّافُ"[٣] على أنَّه ينفُذُ عندَ "أبي حنيفةَ"، ففيه روايتانِ عنه، والشَّهادةُ بعِتقِ الأَمةِ كالشَّهادةِ بطلاقِ المرأةِ، وينبغي أنْ تكونَ بالوقفِ كالعِتقِ، ولم أَرَ نقلاً في الشَّهادةِ بأنَّ الوقفَ مِلكٌ، أو بتزويرِ شرائطِ الوقفِ، أو أنَّ الواقفَ أَخرَجَ فُلاناً وأَدخَلَ فُلاناً زُوراً إذا اتَّصلَ به القضاءُ. ٣٣٣/٤

وظاهرُ "الهداية"[٤]: أنَّ ما عدا الأملاكَ المُرسَلةَ ينفُذُ باطناً، وإذا قُلنا بأنَّ الوقفَ مِن قبيلِ الإسقاطِ فهو كالطَّلاقِ والعِتاقِ)) اهـ مُلخَّصاً.

[٢٦٣٤٥] (قولُهُ: فظاهراً فقط إجماعاً) فلا يَحِلُّ للمَقضِيِّ له الوطءُ، والأكلُ، واللُّبسُ، وحَلَّ للمَقضِيِّ عليه، لكنْ يفعَلُ ذلك سِرّاً، وإلاّ فسَّقَهُ النّاسُ، "بحر"[٥].

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٩/٢.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٥/٧ ـ ١٦.

(٣) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب التاسع والأربعون في ما يُحِلُّه قضاء القاضي وما لا يُحِلُّه ١٨٢/٣.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ١٩٦/١.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٦/٧.

حتّى لو ذَكَرا سبباً مُعيَّناً فعلى الخلافِ: إنْ كان سـبباً يُمكِنُ إنشاؤهُ، وإلاّ لا ينفُذُ اتِّفاقاً كالإرثِ، وكما لو كانتِ المـرأةُ مُحرَّمةً بنحوِ عِدَّةٍ أو رِدَّةٍ، وكما لو عَلِمَ القاضي بكَذِبِ الشُّهودِ حيثُ لا ينفُذُ أصلاً كالقضاءِ باليمينِ الكاذبةِ، "زيلعي"[١]، ونكاحِ "الفتحِ"[٢]. ....

[٢٦٣٤٦] (قولُهُ: إنْ كان سبباً يمكنُ إنشاؤهُ) كالبَيعِ، والنِّكاحِ، والإجارةِ.

[٢٦٣٤٧] (قولُهُ: كالإرثِ) فإنَّه وإنْ كان مِلكاً بسببٍ لكنَّه لا يمكنُ إنشاؤهُ، فلا ينفُذُ القضاءُ بالشُّهودِ زُوراً فيه باطناً اتِّفاقاً، "بحر"[٣]، قال[٣]: ((وسيأتي الاختلافُ في بابِ اختلافِ الشّاهدَينِ في أنَّه مُطلَقٌ أو بسببٍ، والمشهورُ الأوَّلُ، واختارَ في "الكنز"[٤] الثّانيَ)).

[٢٦٣٤٨] (قولُهُ: وكما لو كانتِ المرأةُ مُحرَّمةً إلخ) هذا مُحترَزُ قولِهِ: ((حيثُ كان المَحلُّ قابلاً)) اهـ "ح"[٥]. فإذا ادَّعَى أنَّها زوجتُهُ، وأثبَتَ ذلك بشهادةِ الزُّورِ وهو [٣/ق٢١٨/ب] يعلَمُ أنَّها مُحرَّمةٌ عليه بكونِها منكوحةَ الغيرِ أو مُعتدَّتَهُ، أو بكونِها مرتدَّةً فإنَّه لا ينفُذُ باطناً اتِّفاقاً؛ لأنَّه وإنْ كان المِلكُ بسببٍ لكنْ لا يمكنُ إنشاؤهُ، وأمّا ظاهراً فلا شكَّ في نفاذِهِ كسائرِ الأحكامِ بشهادةِ الزُّورِ في غيرِ العُقودِ والفُسوخِ، وليس المرادُ بنفاذِهِ ظاهراً حِلَّ الوطءِ له وحِلَّ تمكينِها مِنه، بل أَمْرُ القاضي لها به، أمّا الحِلُّ فهو فَرْعُ نفاذِهِ باطناً، وبما قرَّرناهُ ظهَرَ أنَّه كالإرثِ، فافهمْ.

[٢٦٣٤٩] (قولُهُ: وكما لو عَلِمَ القاضي إلخ) مُحترَزُ قولِهِ: ((والقاضي غيرَ عالمٍ بزُورِهم)).

والظّاهرُ: أنَّه هنا لا ينفُذُ ظاهراً كما لا ينفُذُ باطناً؛ لعَدَمِ شرطِ القضاءِ، وهو الشَّهادةُ الصّادقةُ في زعمِ القاضي، تأمَّلْ.

[٢٦٣٥٠] (قولُهُ: كالقضاءِ باليمينِ الكاذبةِ) مُحترَزُ قولِ "المتن": ((بشهادةٍ)). قالوا:

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/١٩٠ ـ ١٩١ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ٣/١٥٥.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٦.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الشهادات ـ باب الاختلاف في الشهادة ٢/١٠٩.

(٥) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٨/ب.

....

لو ادَّعَت أنَّ زوجَها أبانَها بثلاثٍ فأنكرَ، فحلَّفَهُ القاضي فحَلَفَ والمرأةُ تعلَمُ أنَّ الأمرَ كما قالت لا يَسَعُها المقامُ معه، ولا أنْ تأخُذَ مِن ميراثِهِ شيئاً، وهذا لا يُشكِلُ إذا كان ثلاثاً؛ لبُطلانِ المَحلِّيَّةِ للإنشاءِ قبلَ زوجٍ آخرَ، وفيما دونَ الثَّلاثِ مُشكِلٌ؛ لأنَّه يقبلُ الإنشاءَ. وأُجيبَ: بأنَّه إنَّما يثبُتُ إذا قضَى القاضي بالنِّكاحِ، وهنا لم يَقْضِ به؛ لاعترافِهما به، وإنَّما ادَّعَتِ الفُرقةَ، "زيلعي"[1]. وفي "الخلاصة"[2]: ((ولا يَحِلُّ وطؤها إجماعاً))، "بحر"[3].

قلتُ: والظَّاهرُ أنَّ عَدَمَ النَّفاذِ هنا في الباطنِ فقط، تأمَّلْ.

مطلبٌ مهمٌّ: المَقضِيُّ له أو عليه يتَّبِعُ رأيَ القاضي وإنْ خالَفَ رأيَهُ

(تنبيهٌ)

أشارَ "المصنِّف" إلى أنَّ قضاءَ القاضي يُحِلُّ ما كان حراماً في مُعتقَدِ المَقضِيِّ له، ولذا قال في "الولوالجيَّة"[4]: ((ولو قال لها: أنت طالقٌ ألبتَّةَ، فخاصَمَها إلى قاضٍ يَراها رجعيَّةً بعدَ الدُّخولِ،

(قولُهُ: تنبيهٌ أشارَ "المصنِّف" إلى أنَّ قضاءَ القاضي إلخ) ما في هذا التَّنبيهِ يَحتاجُ لتحرير، والذي في "الخلاصة" مِن الفصلِ الرَّابعِ مِن القضاءِ: ((رجلٌ قال لامرأتِهِ: أنت طالقٌ ألبتَّةَ، ونوى واحدةً بائنةً أو رجعيَّةً، فقضَى القاضي بكونِها ثلاثاً أخْذاً بقولِ "عليٍّ" رضي الله عنه نفَذَ القضاءُ ظاهراً وباطناً، وبعدَ ذلك: إنْ كان الزَّوجُ فقيهاً مُجتهداً يتَّبِعُ رأيَ القاضي عندَ "محمَّدٍ"، وعندَ "أبي يوسفَ": إنْ كان مَقضِيّاً عليه يتَّبِعُ رأيَ القاضي، وإنْ كان مَقضِيّاً له يتَّبِعُ أشدَّ الأمرينِ، حتّى لو قضَى له بالرَّجعةِ وهو يعتقِدُها بائناً يأخُذُ بالبائنِ، وإنْ كان عامِّيّاً واستفتَى فما أفتاهُ المفتي صار عندَهُ كالثَّابتِ بالاجتهادِ، وإنْ كان لا رأيَ له في تقديمِ بعضِ الفقهاءِ ولم يستَفْتِ يأخُذُ بما قضَى)) اهـ.

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/١٩١ بتصرف.

(٢) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع في القضاء بعلم القاضي ق٢٠١/أ.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٥.

(٤) "الولوالجية": كتاب القضاء ـ الفصل الأول فيما ينفذ قضاء القاضي وفيما لا ينفذ ٤/١٥.

(قضَى في مُجتهَدٍ فيه بخلافِ رأيِهِ) ....

فقضَى بكونِها رجعيَّةً، والزَّوجُ يَرى أنَّها بائنةٌ أو ثلاثٌ فإنَّه يتَّبِعُ رأيَ القاضي عندَ "محمَّدٍ"، فيَحِلُّ له المقامُ معها، وقيل: إنَّه قولُ "أبي حنيفةَ"، وعلى قولِ "أبي يوسفَ" لا يَحِلُّ، وإنْ رُفِعَ إلى قاضٍ آخرَ لا يَنقُضُهُ وإنْ كان خلافَ رأيِهِ، وهذا إذا قضَى له، فإنْ قضَى عليه بالبينونةِ أو الثَّلاثِ والزَّوجُ لا يَراهُ يتَّبِعُ رأيَ القاضي إجماعاً، وهذا كلُّه إذا كان الزَّوجُ له رأيٌ واجتهادٌ، فلو عامِّيّاً اتَّبَعَ رأيَ القاضي، سواءٌ قضَى له أو عليه، هذا إذا قضَى، أمّا إذا أُفتِيَ له فهو على الاختلافِ السّابقِ؛ لأنَّ قولَ المفتي في حَقِّ الجاهلِ بمنزلةِ رأيِهِ واجتهادِهِ)) اهـ "بحر"[(١)].

قلتُ: وقولُهُ: ((فلو عامِّيّاً))، المرادُ به غيرُ المجتهدِ بدليلِ المقابَلةِ، فيشمَلُ العالمَ والجاهلَ، تأمَّلْ.

قال في "الفتح"[(٢)]: ((والوجهُ عندي قولُ "محمَّدٍ"؛ لأنَّ اتِّصالَ القضاءِ بالاجتهادِ الكائنِ للقاضي يُرجِّحُهُ على اجتهادِ الزَّوجِ، والأخذُ بالرّاجحِ مُتعيِّنٌ، وكونُهُ لا يَراهُ حلالاً إنَّما يَمنَعُهُ[(٣)] مِن القُربانِ قبلَ القضاءِ، أمّا بعدَهُ وبعدَ نفاذِهِ باطناً فلا)) اهـ.

مطلبٌ في قضاءِ القاضي بغيرِ مذهبِهِ

[٢٦٣٥١] (قولُهُ: قضَى في مُجتهَدٍ فيه) أي: في أمرٍ يسوغُ الاجتهادُ فيه، بأنْ لم يكنْ مُخالِفاً

ثمَّ رأيتُ عبارةَ "الولوالجيَّة" مِن الفصلِ الأوَّلِ بقولِهِ: ((القاضي إذا قضَى في فصلٍ مُجتهَدٍ فيه: إنْ كان القضاءُ عليه ينفُذُ، سواءٌ كان المَقضِيُّ عليه جاهلاً أو عالماً له رأيٌ بخلافِهِ، وإنْ قضَى له: إنْ كان المَقضِيُّ له جاهلاً لا رأيَ له ينفُذُ القضاءُ، وإنْ عالماً له رأيٌ بخلافِهِ عندَ "أبي يوسفَ" لا ينفُذُ، وعندَ "أبي حنيفةَ" و"محمَّدٍ" ينفُذُ؛ لِما ذكَرْنا قبلَ هذا، فإنْ كان المَقضِيُّ له جاهلاً لكنِ استفتَى فأفتَى له مُفْتٍ[(٤)] هو أفقَهُ وأعلَمُ مِن القاضي فهذه المسألةُ أيضاً على الاختلافِ؛ لأنَّ الفتوى في حَقِّ الجاهلِ بمنزلةِ رأيِهِ واجتهادِهِ، فصار هذا عَيْنَ تلك المسألةِ، وثَمَّةَ على الاختلافِ فكذا هذا)) اهـ. وبهذا يتَّضِحُ الحالُ، ويُعلَمُ المرادُ بعبارةِ "الولوالجيَّة" التي نقَلَها في "البحر".

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٦/٧.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٤٠٠/٦.

(٣) في "م": ((يمنع)).

(٤) في مطبوعة "التقريرات": ((مف))، وهو خطأ.

أي: مذهبِهِ، ....

لدليلٍ كما مرَّ[(١)] بيانُهُ. وقولُهُ: ((بخلافِ رأيِهِ)) مُتعلِّقٌ بـ((قضَى)).

وحاصلُ هذه المسألةِ: أنَّه يُشترَطُ لصحَّةِ القضاءِ أنْ يكونَ مُوافِقاً لرأيِهِ، أي: لمذهبِهِ، مُجتهِداً كان أو مُقلِّداً، فلو قضَى بخلافِهِ لا ينفُذُ، لكنْ في "البدائع"[(٢)]: ((أنَّه إذا كان مُجتهِداً ينبغي أنْ يَصِحَّ، ويُحمَلُ على أنَّه اجتهَدَ فأدّاهُ اجتهادُهُ إلى مذهبِ الغيرِ))، ويُؤيِّدُهُ ما قدَّمناهُ[(٣)] عن رسالةِ العلّامةِ "قاسمٍ" مُستدِلاً بما في "السِّيَرِ الكبير"، فراجِعْهُ، وبه يندَفِعُ تعجُّبُ صاحبِ "البحر"[(٤)] مِن صاحبِ "البدائع".

واعلَم أنَّ هذه المسألةَ غيرُ مسألةِ اشتراطِ كونِ القاضي عالماً بالخلافِ كما نبَّهْنا عليه سابقاً[(٥)].

مطلبٌ: حُكمُ الحنفيِّ بمذهبِ "أبي يوسفَ" أو "محمَّدٍ" حُكمٌ بمذهبِهِ

[٢٦٣٥٢] (قولُهُ: أي: مذهبِهِ) أي: أصلِ المذهبِ كالحنفيِّ إذا حكَمَ على مذهبِ "الشّافعيِّ"

(قولُهُ: أي: أصلِ المذهبِ كالحنفيِّ) ما ذكَرَهُ في "الدُّرر" إحدى طريقتَينِ، ففي "أدب المفتي" للسَّيِّدِ "محمَّد صدِّيق حسن خان" ما نصُّهُ: ((وقد اختلَفَ الحنفيَّةُ في "أبي يوسفَ" و"محمَّدٍ" و"زُفَرَ بنِ الهذيلِ"، والشّافعيَّةُ في "المزنيِّ" و"ابنِ شُريحٍ"[(٦)] و"ابنِ المنذرِ" و"محمَّدِ بنِ نصرٍ المَرْوزيِّ"، والمالكيَّةُ في "أشهَبَ بنِ عبدِ الحكيمِ"[(٧)] و"ابنِ القاسمِ" و"وهبٍ"، والحنابلةُ في "أبي حامدٍ" و"القاضي"، هل كان هؤلاء مُستقلِّين[(٨)] بالاجتهادِ أو مُقتدين بمذاهبِ أئمَّتِهم؟ على قولين، ومَن تأمَّلَ أحوالَ هؤلاء وفتاواهم واختياراتِهم عَلِمَ أنَّهم لم يكونوا مُقلِّدين لأئمَّتِهم في كلِّ ما قالوهُ، وخلافُهم لهم أظهَرُ مِن أنْ يُنكَرَ وإنْ كان مِنهم المستقِلُّ والمستكثِرُ، ورُتبةُ هؤلاء دونَ الأئمَّةِ في الاستقلالِ بالاجتهادِ)).

---

(١) صـ٤٣١ـ "در".

(٢) "البدائع": كتاب آداب القاضي ـ فصل: وأما شرائط القضاء فأنواع أربعة ٧/٥.

(٣) المقولة [٢٦٢٨١] قوله: ((عالِماً باختلافِ الفقهاءِ فيه إلخ)).

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٩.

(٥) المقولة [٢٦٢٨١] قوله: ((عالِماً باختلافِ الفقهاءِ فيه إلخ)).

(٦) لم نجد في فقهاء الشافعية من عرف بابن شريح، ولعله تحريف عن ابن سريج، انظر "طبقات الشافعية": ٢/٢١.

(٧) لعل صواب العبارة: أشهب وابن عبد الحكم، فقيهان مالكيان مشهوران، الأول: أشهب بن عبد العزيز (ت٢٠٤هـ) والثاني: عبد الله بن الحكم (وليس الحكيم) (ت٢١٤هـ) انظر "شجرة النور الزكية" صـ٥٩ـ.

(٨) في مطبوعة "التقريرات": ((مستلقين))، وهو خطأ.

"مجمع" و"ابن كمالٍ" (لا ينفُذُ مُطلقاً) ناسياً أو عامداً عندَهما والأئمَّةِ الثَّلاثة، (وبه يفتى)، "مجمع" و"وقاية"[١] و"ملتقى"[٢]، وقيل: بالنَّفاذِ يفتى. ....

أو نحوِهِ، أو بالعكسِ، وأمّا إذا حكَمَ الحنفيُّ بمذهبِ "أبي يوسفَ" أو "محمَّدٍ" أو نحوِهما مِن أصحابِ "الإمامِ" فليس حُكماً بخلافِ رأيِهِ، "درر"[٣]، أي: لأنَّ أصحابَ "الإمامِ" ما قالوا بقولٍ إلاّ قد قال به "الإمامُ" كما أوضحتُ ذلك في "شرح منظومتي" في "رسم المفتي"[٤] عندَ قولي فيها:

واعلَمْ بأنَّ عن أبي حنيفه ... جاءت رواياتٌ غدَتْ مُنيفهْ

اختارَ مِنها بعضَها والباقي ... يختارُ مِنه سائرُ الرِّفاقِ[٥] [٣/ق٢١٩/أ]

فلم يكنْ لغيرِهِ جوابُ ... كما عليه أقسَمَ[٦] الأصحابُ

[٢٦٣٥٣] (قولُهُ: و"ابن كمالٍ") قال في "شرحه": ((لم يقُلْ: بخلافِ رأيِهِ لإيهامِهِ أنْ يكونَ الكلامُ في المجتهدِ خاصَّةً، وليس كذلك)).

[٢٦٣٥٤] (قولُهُ: لا ينفُذُ مُطلقاً إلخ) قال في "الفتح"[٧]: ((لو قضَى في المجتهَدِ فيه ناسياً[٨] لمذهبِهِ مُخالِفاً لرأيِهِ نفَذَ عندَ "أبي حنيفةَ" روايةً واحدةً، وإنْ كان عامداً ففيه روايتانِ، وعندَهما: لا ينفُذُ في الوجهينِ، أي: وجهَي النِّسيانِ والعَمدِ، والفتوى على قولِهما، وذكَرَ في "الفتاوى الصُّغرى":

٤/٣٣٤

---

(١) انظر "شرح الوقاية": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦٩/٢ (هامش "كشف الحقائق").

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء ـ فصل: ويجوز قضاء المرأة ٧٦/٢.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤١٠/٢.

(٤) "شرح منظومة رسم المفتي": ٢٤/١ (ضمن "مجموع رسائل ابن عابدين").

(٥) في "الأصل": ((الآفاق))، وما أثبتناه من بقية النسخ موافق لما في "رسالة ابن عابدين" رحمه الله.

(٦) في "الأصل" و"ب": ((قد أقسم))، وما أثبتناه من "آ" و"م" هو الصواب الموافق لما في رسالة ابن عابدين رحمه الله؛ ليصحَّ الوزنُ كما لا يخفى، وقد أشار إلى ذلك مصحِّح "ب".

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٣٩٦/٦ ـ ٣٩٧ بتصرف.

(٨) في "م": ((ناسباً)) بالباء الموحدة، وهو خطأ.

وفي "شرح الوهبانيَّة" لـ"الشُّرنُبلاليِّ": ((قضَى مَن ليس مُجتهداً كحنفيَّةِ زمانِنا، ....

أنَّ الفتوى على قولِهِ، فقدِ اختُلِفَ في الفتوى، والوجهُ في هذا الزَّمانِ أنْ يفتى بقولِهما؛ لأنَّ التّاركَ لمذهبِهِ عَمْداً لا يفعلُهُ إلاّ لهوًى باطلٍ لا لقصدٍ جميلٍ، وأمّا الناسي فلأنَّ المقلِّدَ ما قلَّدَهُ إلاّ ليحكُمَ بمذهبِهِ لا بمذهبِ غيرِهِ، هذا كلُّه في القاضي المجتهدِ، فأمّا المقلِّدُ فإنَّما ولاّهُ ليحكُمَ بمذهبِ "أبي حنيفةَ" فلا يَملِكُ المخالَفةَ، فيكونُ معزولاً بالنِّسبةِ إلى ذلك الحُكمِ)) اهـ. قال في "الشُّرنُبلاليَّة"[١] عن "البرهان": ((وهذا صريحُ الحَقِّ الذي يُعَضُّ عليه بالنَّواجذِ)) اهـ. وقال في "النَّهر"[٢]: ((وادَّعَى في "البحر"[٣] أنَّ المُقلِّدَ إذا قضَى بمذهبِ غيرِهِ، أو بروايةٍ ضعيفةٍ، أو بقولٍ ضعيفٍ نفَذَ، وأقوى ما تَمسَّكَ به ما في "البزّازيَّة"[٤]: إذا لم يكنِ القاضي مُجتهداً وقضَى بالفتوى على خلافِ مذهبِهِ نفَذَ، وليس لغيرِهِ نَقْضُهُ، وله نَقْضُهُ، كذا عن "محمَّدٍ"، وقال "الثّاني": ليس له نَقْضُهُ. اهـ. وما في "الفتح" يَجِبُ أنْ يُعوَّلَ عليه في المذهبِ، وما في "البزّازيَّة" محمولٌ على روايةٍ عنهما؛ إذ قُصارى الأمرِ أنَّ هذا مُنزَّلٌ منزلةَ النّاسي لمذهبِهِ، وقد مرَّ[٥] عنهما في المُجتَهِدِ أنَّه لا ينفُذُ، فالمقلِّدُ أَولى)) اهـ ما في "النَّهر"، ويأتي قريباً[٦] ما يُؤيِّدُهُ.

[٢٦٣٥٥] (قولُهُ: مَن ليس مُجتهداً) وكذا المُجتَهِدُ كما مرَّ[٧] في كلامِ "الفتح".

(قولُهُ: وكذا المُجتَهِدُ كما مرَّ في كلامِ "الفتح") ليس كذلك، بلِ المُجتَهِدُ مَحلُّ خلافٍ، فصحَّت حكايةُ الاتِّفاقِ والتَّقييدِ بغيرِ المُجتَهِدِ، إلاّ أنَّ كونَهُ مَحلَّ خلافٍ على إحدى روايتينِ، والرِّوايتانِ عنِ "الإمام" في المُجتَهِدِ خاصَّةً، هذا ما يُفيدُهُ كلامُ "الفتح". ومُقتضى ما في "الوهبانيَّة" جريانُ الخلافِ في المقلِّدِ أيضاً، إلاّ أنَّ المعتمَدَ ما في "الفتح".

---

(١) "الشرنبلالية": كتاب القضاء ٢/٤١٠ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٤/ب ـ ٤٣٥/أ.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٩.

(٤) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ ـ نوع في علمه ٥/١٦٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في هذه المقولة.

(٦) المقولة [٢٦٣٥٧] قوله: ((لكونِهِ معزولاً عنه)).

(٧) المقولة [٢٦٣٥٤] قوله: ((لا ينفذُ مُطلقاً إلخ)).

بخلافِ مذهبِهِ عامداً لا ينفُذُ اتِّفاقاً، وكذا ناسياً عندَهما، ولو قيَّدَهُ السُّلطانُ بصحيحِ مذهبِهِ كزمانِنا تقيَّدَ بلا خلافٍ؛ لكونِهِ معزولاً عنه)) انتهى. ....

[٢٦٣٥٦] (قولُهُ: لا ينفُذُ اتِّفاقاً) هذا مبنيٌّ على إحدى الرِّوايتينِ عن "الإمامِ" في العامدِ، أمَّا على روايةِ النَّفاذِ فلا تَصِحُّ حكايةُ الاتِّفاق.

مطلبٌ: الحُكمُ والفتوى بما هو مرجوحٌ خلافُ الإجماعِ

[٢٦٣٥٧] (قولُهُ: لكونِهِ معزولاً عنه) أي: عن غيرِ ما قُيِّدَ به. قال "الشُّرنبُلاليُّ" في "شرح الوهبانيَّة": ((مَحلُّ الخلافِ فيما إذا لم يُقيِّدْ عليه السُّلطانُ القضاءَ بصحيحِ مذهبِهِ، وإلاَّ فلا خلافَ في عَدَمِ صحَّةِ حُكمِهِ بخلافِهِ؛ لكونِهِ معزولاً عنه)) اهـ "ح"[(١)].

قلتُ: وتقييدُ السُّلطانِ له بذلك غيرُ قيدٍ؛ لِما قالَهُ العلاَّمةُ "قاسمٌ" في "تصحيحه"[(٢)]: ((مِن أنَّ الحُكمَ والفتوى بما هو مرجوحٌ خلافُ الإجماعِ)) اهـ. وقال العلاَّمةُ "قاسمٌ" في "فتاواه": ((وليس للقاضي المقلِّدِ أنْ يحكُمَ بالضَّعيفِ؛ لأنَّه ليس مِن أهلِ التَّرجيحِ، فلا يعدِلُ عن الصَّحيحِ إلاَّ لقصدٍ غيرِ جميلٍ، ولو حكَمَ لا ينفُذُ؛ لأنَّ قضاءَهُ قضاءٌ بغيرِ الحَقِّ؛ لأنَّ الحَقَّ هو الصَّحيحُ، وما وقَعَ مِن أنَّ القولَ الضَّعيفَ يتقوَّى بالقضاءِ المرادُ به قضاءُ المجتهدِ كما بُيِّنَ في موضعِهِ)) اهـ. وقال "ابنُ الغَرْس": ((وأمَّا المُقلِّدُ المحضُ فلا يقضي إلاَّ بما عليه العملُ والفتوى)) اهـ.

وقال صاحبُ "البحر" في بعضِ رسائلِهِ[(٣)]: ((أمَّا القاضي المُقلِّدُ فليس له الحُكمُ إلاَّ بالصَّحيحِ المفتى به في مذهبِهِ، ولا ينفُذُ قضاؤهُ بالقولِ الضَّعيفِ)) اهـ. ومثلُهُ ما قدَّمَهُ "الشَّارحُ"[(٤)] أوَّلَ كتابِ القضاءِ، وقال: ((وهو المختارُ للفتوى كما بسَطَهُ "المصنِّفُ" في "فتاويه" وغيرُهُ))، وكذا ما نقَلَهُ بعدَ أسطُرٍ[(٥)] عن "الملتقط".

---

(١) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٨/ب.

(٢) "التصحيح والترجيح": مقدمة المؤلف صـ١٥٢ـ.

(٣) وهي الرسالة التاسعة: "تحرير المقال في مسألة الاستبدال": صـ٩٢ـ بتصرف، نقلاً عن "فتاوى العلامة قاسم".

(٤) صـ٢٧٨ـ "در".

(٥) أي: بعد أسطر ممّا قدّمه من قوله: ((هو المختارُ للفتوى إلخ)) صـ٢٧٩ ـ ٢٨٠ـ "در".

وقد غيَّرتُ بيتَ "الوهبانيَّة"، فقلتُ: [الطويل]

ولو حكَمَ القاضي بحُكمٍ مُخالِفٍ لمذهبِهِ ما صحَّ أصلاً يُسطَّرُ.

قلتُ: وأمّا الأميرُ[1] ....

[٢٦٣٥٨] (قولُهُ: وقد غيَّرتُ بيتَ "الوهبانيَّة") وهو: [الطويل]

ولو حكَمَ القاضي بحُكمٍ مُخالفٍ مُقلَّدَهُ ما صحَّ إن كان يَذكُرُ

وبعضُهمُ إنْ كان سهواً أجازَهُ عن الصَّدرِ لا عن صاحبيه يُصدَّرُ[2]

وقد أفادَ كلامُ "الوهبانيَّة" الخلافَ فيما إذا قضَى به ساهياً، أي: ناسياً مذهبَهُ، وأنَّه لا خلافَ فيما إذا كان ذاكِراً، وهذا على إحدى الرِّوايتينِ عن "الإمامِ" كما عَلِمتَ، ولَمّا كان المعتمَدُ المفتى به ما ذكَرَهُ [٦/ق٢١٩/ب] "المصنِّف" في "المتن": ((مِن عَدَمِ النَّفاذِ أصلاً))، أي: ذاكِراً أو ناسياً غيَّرَ "الشّارحُ" عبارةَ النَّظمِ جازماً بما هو المعتمَدُ، فافهمْ. لكنَّ الأَولى ـ كما قال "السّائحانيُّ" ـ تغييرُ الشَّطرِ الثّاني هكذا:

.... لمعتمَدٍ في رأيهِ فهْو مُهدَرُ

مطلبٌ في أمْرِ الأميرِ وقضائهِ

[٢٦٣٥٩] (قولُهُ: قلتُ: وأمّا الأميرُ إلخ) الذي رأيتُهُ في سير "التّتارخانيَّة"[3]: ((قال "محمَّدٌ": وإذا أمَرَ الأميرُ العسكرَ بشيءٍ كان على العسكرِ أنْ يُطيعُوهُ إلاّ أنْ يكونَ المأمورُ به معصيةً)) اهـ. فقولُ "الشّارحِ": ((نفَذَ أمْرُهُ)) بمعنى: وجَبَ امتثالُهُ، تأمَّلْ. وقدَّمنا[4] أنَّ السُّلطانَ لو حكَمَ

(قوله: أي: ذاكراً أو ناسياً) مُقلِّداً أو مُجتهداً.

(قولُهُ: لكنَّ الأَولى تغييرُ الشَّطرِ الثّاني إلخ) ليُفيدَ عَدَمَ النَّفاذِ أيضاً إذا قضَى بروايةٍ ضعيفةٍ في مذهبِهِ.

---

(١) في "د" و"و": ((وأما أمر الأمير))، وما أثبتناه من "ب" و"ط" هو الموافقُ لنسخ الحاشية التي بين أيدينا.

(٢) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب أدب القاضي صـ٥٧ ـ (هامش "المنظومة المحبية").

(٣) "التاترخانية": كتاب السير ـ الفصل العاشر في بيان ما يجب من طاعة الأمير ومالا يجب ٥/٢٥٢.

(٤) المقولة [٢٦٠٣٣] قوله: ((وإنْ تعيَّنَ له)).

فمتى صادَفَ فصلاً مُجتهَداً فيه نفَذَ أَمْرُهُ، كما قدّمناهُ عن سير "التّتارخانيَّة"[1] وغيرِها، فليُحفَظْ. (ولا يُقضَى على غائبٍ ولا له) ....

بينَ اثنين فالصَّحيحُ نفاذُهُ، وفي "البحر"[2]: ((إذا كان القضاءُ مِن الأصلِ وماتَ القاضي ليس للأميرِ أنْ يَنصِبَ قاضياً وإنْ وُلِّيَ عُشْرَها وخَراجَها، وإنْ حكَمَ الأميرُ لم يَجُزْ حُكمُهُ إلخ)). وفي "الأشباه"[3]: ((قضاءُ الأميرِ جائزٌ مع وجودِ قاضي البلدِ، إلاّ أنْ يكونَ القاضي مُولًّى مِن الخليفةِ، كذا في "الملتقط"[4])) اهـ.

والحاصلُ: أنَّ السُّلطانَ إذا نَصَبَ في البلدةِ أميراً وفوَّضَ إليه أَمْرَ الدِّينِ والدُّنيا صحَّ قضاؤُهُ، وأمّا إذا نَصَبَ معه قاضياً فلا؛ لأنَّه جعَلَ الأحكامَ الشَّرعيَّةَ للقاضي لا للأميرِ، وهذا هو الواقعُ في زمانِنا، ولذا قال في "البحر"[5] أوَّلَ كتابِ القضاءِ: ((سُئِلتُ عن توليةِ الباشاه[6] بالقاهرةِ قاضياً لِيَحكُمَ في حادثةٍ خاصَّةٍ مع وجودِ قاضيها المُولَّى مِن السُّلطانِ، فأجبتُ بعَدَمِ الصِّحَّةِ؛ لأنَّه لم يُفَوَّضْ إليه تقليدُ القضاءِ، ولذا لو حكَمَ بنفسِهِ لم يَصِحَّ)) اهـ.

[٢٦٣٦٠] (قولُهُ: كما قدَّمناهُ) أي: في أوَّلِ الكتابِ في بحثِ رسمِ المفتي[7].

مطلبٌ في القضاءِ على الغائبِ

[٢٦٣٦١] (قولُهُ: ولا يُقضَى على غائبٍ) أي: بالبيِّنةِ، سواءٌ كان غائباً وقتَ الشَّهادةِ أو بعدَها وبعدَ التَّزكيةِ، وسواءٌ كان غائباً عنِ المجلسِ أو عنِ البلدِ، وأمّا إذا أقرَّ عندَ القاضي فيقضي عليه وهو غائبٌ؛ لأنَّ له أنْ يطعُنَ في البيِّنةِ دونَ الإقرارِ؛ ولأنَّ القضاءَ بالإقرارِ قضاءُ إعانةٍ،

---

(١) في هامش "د": ((كما قدَّمناه في رسم المفتي أول الكتاب عن سير "التتارخانية")).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في التقليد ٦/٢٩٥.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٧٠ـ.

(٤) "الملتقط": كتاب الدعوى ـ مطلب: موت السلطان أو عزله لا يكون عزلاً لقاضيه ـ وفيه قضاء الأمير صـ٣٩٨ـ.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٣.

(٦) في "آ" و"م": ((الباشا)).

(٧) ١/٢٥٠ "در".

....

وإذا أنفَذَ القاضي إقرارَهُ سَلَّمَ إلى المُدَّعي حَقَّهُ عَيْناً كان، أو دَيْناً، أو عَقاراً، إلاّ أنَّه في الدَّيـنِ يُسلِّمُ إليه جنسَ حَقِّهِ إذا وُجِدَ في يدِ مَن يكونُ مُقِرّاً بأنَّه مالُ الغائبِ المقِرِّ، ولا يبيعُ في ذلـك العَرْضَ والعَقارَ؛ لأنَّ البَيعَ قضاءٌ علـى الغـائبِ فـلا يَجُـوزُ، "بحـر"[1] عـن "شـرح الزِّيـادات" لـ "العَتّابيِّ"[2]، لكنْ في الخامسِ مِن "جامع الفصولين"[3] عـن "الخانيَّـة"[4]: ((غـابَ المُدَّعَـى عليه بعدَما بَرهَنَ عليه، أو غابَ الوكيلُ بعدَ قَبُولِ البيِّنةِ قَبْلَ التَّعْديـلِ، أو مـاتَ الوكيـلُ، ثـمَّ عُدِّلَت تلك البيِّنةُ لا يُحكَمُ بها، وقال "أبو يوسـفَ": يُحكَـمُ، وهـذا أَرْفَـقُ بالنّـاسِ[5]. ولـو بَرهَنَ على الموكِّلِ فغابَ، ثمَّ حضَرَ وكيلُهُ، أو على الوكيلِ، ثمَّ حضَرَ مُوكِّلُـهُ يقضـي بتلـك البيِّنةِ، وكذا يقضي على الوارثِ ببيِّنةٍ قامَت على مُورِّثِهِ)).

٤/٣٣٥

(قولُهُ: وقال "أبو يوسفَ": يُحْكَمُ، وهذا أَرْفَقُ بالنّاسِ) كذلك اختارَهُ "الخَصّافُ" على مـا ذكَـرَهُ في "شرح الوهبانيَّة"، لكنْ ما ذكَرَهُ "الزَّيلعيُّ" يـدُلُّ علـى ترجيـحِ أنَّـه لا يقضـي علـى الغـائبِ في هـذه الصُّورةِ، حيثُ ذكَرَ القولينِ واقتصَرَ في التَّعليلِ لأصلِ المذهبِ على ما ذكَرُوهُ في رسمِ المفتي مِن ترجيـحِ القولِ المعلَّلِ على غيرِهِ، وكذا ما ذكَرَهُ في "العناية"، حيثُ قال: ((وكذلك لا يقضـي القـاضي في غَيْبتِـهِ إذا أنكَرَ وسُمِعَتِ البيِّنةُ ثمَّ غابَ قبلَ القضاءِ؛ لأنَّ الشَّرطَ قيامُ الإنكـارِ وقـتَ القضـاءِ؛ لأنَّ البيِّنـةَ إنَّمـا تصيرُ حُجَّةً بالقضاءِ، وفيه خلافُ "أبي يوسفَ"، فإنَّه يقول: الشَّرطُ الإصرارُ على الإنكارِ إلى وقتِ القضاءِ، وهو ثابتٌ

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨/٧.

(٢) شرح أبي نصرٍ ـ ويقال: أبو القاسم ـ أحمد بن محمد بن عمـر، زين الدين العَتّابيّ البخاريّ (ت٥٨٦هـ) على "الزيادات" للإمام محمد. ("كشف الظنون" ٩٦٣/١، "الجواهر المضية" ٢٩٨/١).

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضي عليه ٤٧/١ بتصرف.

(٤) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ فصل فيما يستحق على القاضي إلـخ ٣٦٧/٢ بتصرف نقلاً عن الخصاف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) قوله: ((وهذا أرفق بالناس)) من كلام شمس الأئمة الحلواني، كما في "الخانية".

أي: لا يَصِحُّ، بل ولا ينفُذُ على المفتي به، "بحر"..........

[٢٦٣٦٢] (قولُهُ: أي: لا يَصِحُّ) لِما في "الفتح"[١]: ((مِن أنَّ حضرةَ الخصمِ ليَتحقَّقَ إنكارُهُ شرطٌ لصحَّةِ الحُكمِ))، "بحر"[٢].

[٢٦٣٦٣] (قولُهُ: بل ولا ينفُذُ) هذه العبارةُ غيرُ مُحرَّرةٍ[٣]؛ لأنَّ نفيَ الصِّحَّةِ يستلزِمُ نفيَ النَّفاذِ،

بالاستصحابِ، وأُجيبَ بأنَّ الاستصحابَ يصلُحُ للدَّفعِ لا للإثباتِ)) اهـ. فإنَّه يُفيدُ ضَعْفَ ما عن "أبي يوسفَ" لضَعْفِ دليلِهِ، وأصلُهُ لـ"قاضيخان" في "شرح الزِّيادات" مِن البابِ الثَّاني مِن كتابِ الدَّعوى، حيثُ قال: ((وإنْ غابَ المُدَّعَى عليه بعدَما جحَدَ، وأُقيمَت عليه البيِّنةُ ثمَّ عُدِّلَت لا يقضي عليه حالَ غَيْبتِهِ، وعن "أبي يوسفَ" يقضي عليه؛ لأنَّ حضرتَهُ شرطٌ لإنكارِهِ ولسماعِ البيِّنةِ، وقد تحقَّقَ فيَجُوزُ القضاءُ كما لو أقرَّ ثمَّ غابَ، وجهُ ظاهرِ الرِّوايةِ: أنَّ حضرةَ المَقضِيِّ عليه إنَّما كان شرطاً ليكونَ القضاءُ على مَن كان في ولايتِهِ، والغائبُ ليس في ولايتِهِ؛ ولأنَّ صيانةَ القضاءِ عن البُطلانِ واجبٌ ما أمكَنَ، فلو قضَى عليه حالَ غَيْبتِهِ ربَّما يأتي المُدَّعَى عليه بما يُبطِلُ قضاءَهُ؛ ولأنَّ القاضيَ مأمورٌ بالنَّظرِ للكلِّ. ومِن أسبابِ الدَّفعِ ما يُسمَعُ قبلَ القضاءِ ولا يُسمَعُ بعدَهُ، فلو جازَ حالَ غَيْبتِهِ قبلَ عجزِهِ لا يُمكنُهُ التَّدارُكُ، فيؤدِّي ذلك إلى إبطالِ حقِّهِ، بخلافِ الإقرارِ، فإنَّ به لا يُقبَلُ مِنه ما يُبطِلُ إقرارَهُ، إنَّما يُقبَلُ مِنه دعوى الإيفاءِ والإبراءِ، وذاك لا يبطُلُ بالقضاءِ حالَ غَيْبتِهِ)) اهـ. ولذا أفتى "قارئ الهداية": ((فيما إذا ادَّعَى شخصٌ على آخرَ بحَقٍّ فأنكرَ، فأقامَ عليه بيِّنةً شَهِدَت له فتَسحَّبَ المُدَّعَى عليه قبلَ القضاءِ، فطلَبَ المُدَّعي الحُكمَ عليه ليذهَبَ خَلْفَهُ بأنَّ المذهبَ أنَّه لا يُجابُ إلى ذلك)) اهـ. فإنَّ ما أجابَ به يقتضي ترجيحَ ظاهرِ الرِّوايةِ، وقد ذكَرُوا في رسمِ المفتي أنَّه إذا كان في المسألةِ قولانِ مُصحَّحانِ وكان أحدُهما في المتونِ أو ظاهرِ الرِّوايةِ فالأَولى الأَخْذُ به، وقالوا: لا تَخييرَ لو كان أحدُهما قولَ "الإمامِ" والآخَرُ قولَ غيرِهِ؛ لأنَّه لَمّا تعارَضَ التَّصحيحانِ تساقَطا، فرَجَعنا إلى الأصلِ، وهو تقديمُ قولِ "الإمامِ".

(قولُهُ: هذه العبارةُ غيرُ مُحرَّرةٍ) إذا قُرِئَ ((يُنفِّذُ)) بالتَّشديدِ صحَّ الإضرابُ، ويكونُ جارياً على أحدِ تصحيحينِ، وقولُ "ح": ((الحُكمُ صحيحٌ إلخ)) غيرُ واردٍ على "المصنِّف"؛ لأنَّ قصدَهُ بيانُ حُكمِ الحنفيِّ على الغائبِ، ولا شكَّ أنَّه غيرُ صحيحٍ، والخلافُ إنَّما هو فيما لو حكَمَ مَن يَراهُ.

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٦/٤٠٠.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٧.

(٣) انظر "تقريرات الرافعي" ففيها كلامٌ مهمٌّ.

(إلاّ بحضورِ نائبِهِ) أي: مَن يقومُ مَقامَ الغائبِ (حقيقةً كوكيلِهِ، ووصيِّهِ، ومُتولِّي الوقفِ) أفادَ بالاستثناءِ أنَّ القاضيَ ....

وأيضاً فالحُكمُ صحيحٌ، وإنَّما الخلافُ في نفاذِهِ بدونِ تنفيذِ قاضٍ آخَرَ كما أفادَهُ "ح"[١]، ولذا فسَّرَ في "البحر"[٢] كلامَ "الكنز" بعَدَمِ الصِّحَّةِ، ثمَّ قال[٢]: ((والأَولى أنْ يُفسَّرَ بعَدَمِ النَّفاذِ؛ لقولِهم: إذا نفَّذَهُ قاضٍ آخَرُ يَراهُ فإنَّه ينفُذُ))، ثمَّ ذكَرَ[٢] اختلافَ التَّصحيحِ، وسيأتي[٣] في كلامِ "الشّارحِ".

[٢٦٣٦٤] (قولُهُ: كوكيلِهِ) أطلَقَهُ فشَمِلَ ما إذا كان وكيلاً في الخصومةِ والدَّعوى أو وكيلاً للقضاءِ، كما إذا أُقيمَتِ البيِّنةُ عليه فوكَّلَ لِيُقْضَى عليه ثمَّ غابَ كما في "القنية"[٤]، "بحر"[٥].

[٢٦٣٦٥] (قولُهُ: ووصيِّهِ) أي: وصيِّ الميْتِ، فإنَّ الميْتَ غائبٌ، ووصيُّهُ قائمٌ مَقامَهُ حقيقةً، ويَجُوزُ عَوْدُ الضَّميرِ إلى الصَّغيرِ المعلومِ مِن المقامِ، فإنَّه في حُكمِ الغائبِ، وشَمِلَ وصيَّ الوصيِّ. ولو قال: كوليِّهِ[٦] لكان أَولى؛ ليشمَلَ الأبَ والجدَّ.

(قولُ "الشّارحِ": أنَّ القاضيَ إنَّما يَحكُمُ على الغائبِ والميْتِ إلخ) نقَلَ "السِّنديُّ" عن "القنية" ما هو صريحٌ في أنَّ الحُكمَ يكونُ على الحاضرِ، ونصُّ عبارةِ "القنية" التي نقَلَها: ((قامَتِ البيِّنةُ على الوكيلِ فغابَ، وحضَرَ مُوكِّلُهُ، أو على العكسِ، أو قامَتِ البيِّنةُ على المورِّثِ فماتَ، وحضَرَ وارثُهُ، أو قامَت على وارثٍ فغابَ، وحضَرَ وارثٌ آخَرُ ففي هذه الصُّورِ يقضي على الذي حضَرَ بتلك البيِّنةِ)) اهـ. لكنْ في تتمَّةِ الفتاوى مثلُ ما في الشَّرحِ، ونصُّ عبارتِهِ: ((إذا أرادَ أنْ يقضيَ على وكيلِ الغائبِ، أو على وصيِّ الميْتِ يقضي على الغائبِ والميْتِ بحضرةِ الوكيلِ والوصيِّ، وهكذا يكتُبُ في نُسَخِ المَحضرِ، نصَّ عليه "القُدُوريُّ" مِن أدبِ القاضي)) اهـ. وقال "عبدُ الحليم": ظاهرُ عبارةِ "شرح الدُّرر" أنَّ القضاءَ على الحاضرِ، وقد صرَّحَ به "الخُجَنديُّ" في "فوائده"، حيثُ قال: ((قامَت بيِّنةٌ على الوكيلِ فغابَ، وحضَرَ مُوكِّلُهُ)) إلى آخرِ عبارةِ "القنية" المتقدِّمةِ، قال: ((وسيُصرِّحُ

---

(١) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٨/ب ـ ق٣٠٩/أ.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٧/٧.

(٣) صـ٤٨٦ـ وما بعدها "در".

(٤) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب القضاء على الغائب ق١٣٣/أ، نقلاً عن ظهير الدين المرغيناني.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٩/٧.

(٦) في "الأصل": ((كوكيله))، وفي "آ": ((وكيله))، وهما تحريف.

إنَّما يَحكُمُ على الغائبِ والميْتِ لا على الوكيلِ والوصيِّ، فيكتُبُ في السِّجلِّ أنَّه حكَمَ على الميْتِ وعلى الغائبِ بحضرةِ وكيلِه وبحضرةِ وصيِّهِ، "جامع الفصولين"[(١)]. وأفادَ بالكافِ عَدَمَ الحَصْرِ، فإنَّ أحدَ الوَرَثةِ كذلك يَنتصِبُ خصماً عنِ الباقينَ، ....

[٢٦٣٦٦] (قولُهُ: إنَّما يَحكُمُ على الغائبِ والميْتِ) ترَكَ الوقفَ، ويظهَرُ لي أنَّه يَحكُمُ على الواقفِ فيما يتعلَّقُ به، وعلى الوقفِ فيما يتعلَّقُ به، "سائحاني".

مطلبٌ فيمن يَنتصِبُ خصماً عن غيرِهِ

[٢٦٣٦٧] (قولُهُ: يَنتصِبُ خصماً عنِ الباقينَ) أي: فيما للميْتِ وعليه، لكنْ إذا كان في عَيْنٍ فلا بدَّ مِن كونِها في يدِهِ، فلو ادَّعَى عَيْناً مِن التَّركةِ على وارثٍ ليست في يدِهِ لم تُسمَعْ، وفي دعوى الدَّينِ يَنتصِبُ أحدُهم خصماً وإنْ لم [٣/ق٢٢٠/أ] يكنْ في يدِهِ شيءٌ، "بحر"[(٢)]، وفيه[(٣)] مِن مُتفرِّقاتِ القضاءِ: ((أنَّه يَنتصِبُ أحدُهم عن الباقي بشروطٍ ثلاثةٍ: كونِ العَينِ كلِّها في يدِهِ،

"المصنِّف" به في آخرِ التَّحكيمِ، وهكذا أقولُ: لا فرقَ بينَهما في المآلِ)) انتهى. وفي "البزّازيَّة" مِن الفصلِ الثّاني مِن كتابِ القضاءِ ما نصُّهُ: ((توجَّهَ قضاءُ القاضي على وكيلِ الغائبِ أو وصيِّ الميْتِ يقضي على الوكيلِ والوصيِّ لا على الغائبِ والميْتِ، أو يكتُبُ أنَّه قضَى على الميْتِ والغائبِ بحضرةِ وكيلِهِ ووصيِّهِ)) اهـ. ومع هذا كلِّه ليس في عبارةِ "المصنِّف" ما يُفيدُ حَصْرَ القضاءِ على الغائبِ والميْتِ كما يُفيدُهُ تعبيرُ "الشّارحِ" بـ((إنَّما)).

(قولُهُ: ويظهَرُ لي أنَّه يَحكُمُ على الواقفِ فيما يتعلَّقُ به، وعلى الوقفِ فيما يتعلَّقُ به) لا معنى لجعلِ الوقفِ محكوماً عليه، فلعلَّ أصلَ العبارةِ: وعلى مُستحِقِّ الوقفِ إلخ.

ثمَّ رأيتُ في الرِّسالةِ المسمّاةِ بـ"ظَفَرِ اللاّضي بما يَجبُ في القضاءِ على القاضي" ما نصُّهُ: ((القضاءُ في الشَّرعِ: إلزامُ ذي الوِلايةِ بعدَ التَّرافُعِ لمُعيَّنٍ أو جهةٍ، والمرادُ بالجهةِ كالحُكْمِ لبيتِ المالِ)) اهـ.

ثمَّ رأيتُ في "العناية" و"الكفاية" آخِرَ النَّفقاتِ: ((أنَّه لا بدَّ للقضاءِ مِن مَقضِيٍّ له، وهو مِن أهلِ الاستحقاقِ)) اهـ.

---

(١) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدَّى إلى غير المقضيِّ عليه ٣٩/١.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ـ مسائل شتى ٤٧/٧.

وكذا أحدُ شريكَي الدَّينِ وأجنبيٌّ بيدِهِ مالُ اليتيمِ،.........

وأنْ لا تكونَ مقسومةً، وأنْ يُصدِّقَ الغائبُ أنَّها إرثٌ عنِ الميْتِ)) اهـ. وقدَّمنا[1] تمامَ الكلامِ على ذلك في كتابِ الوقفِ، وأفادَ "الخيرُ الرَّمليُّ" في "حاشيته" على "جامع الفصولين"[2]: ((أنَّ اشتراطَهم كونَ العَينِ في يدِ المُدَّعَى عليه يشمَلُ ما لو كان المُدَّعي بعضَ الورَثةِ على بعضٍ، فتُسمَعُ الدَّعوى بشراءِ الدّارِ مِن المورِّثِ، وهي واقعةُ الفتوى)) اهـ.

[٢٦٣٦٨] (قولُهُ: وكذا أحدُ شريكَي الدَّينِ) أي: هو خصمٌ عنِ الآخَرِ في الإرثِ وِفاقاً، وكذا في غيرِهِ عندَهما لا عندَ "أبي حنيفةَ"، وقولُهُ قياسٌ، وقولُهما استحسانٌ. ثمَّ على قولِهما الغائبُ لو صدَّقَ الحاضرَ إنْ شاءَ شارَكَهُ فيما قبَضَ، أو اتَّبَعَ المطلوبَ بنصيبِهِ، "جامع الفصولين"[3]. ومُقتضاهُ: أنَّ الدَّينَ للمدَّعي وشريكِهِ، وأمّا الدَّعوى بدَيْنٍ لواحدٍ على اثنينِ فذكَرَ قبلَهُ[4] ما حاصلُهُ: ((أنَّه يقضي به عليهما عندَهُ في روايةٍ، وفي روايةٍ ـ وهي قولُ "أبي يوسفَ" ـ يقضي بنصفِهِ على الحاضرِ))، ثمَّ قال[4]: ((يحتمِلُ أنْ يكونَ اختلافُ الرِّواياتِ فيه بناءً على اختلافِ الرِّواياتِ في جوازِ الحُكمِ على الغائبِ)).

[٢٦٣٦٩] (قولُهُ: وأجنبيٌّ) أي: مَن ليس وارثاً ولا وصيّاً. وقولُهُ: ((بيدِهِ مالُ اليتيمِ))، الذي في "البحر"[5]: ((مالُ الميْتِ)). وصورتُها ما في "جامع الفصولين"[6]: ((وهَبَ في مرَضِ موتِهِ جميعَ مالِهِ، أو أوصَى به فماتَ، ثمَّ ادَّعَى رجلٌ دَيْناً على الميْتِ، قيل: تُسمَعُ بيِّنتُهُ على مَن بيدِهِ المالُ، وقيل: يَجعَلُ القاضي خصماً عنه ـ أي: عنِ الميْتِ ـ ويَسمَعُ عليه بيِّنَتَهُ، فظهَرَ أنَّ فيه اختلافَ المشايخِ)).

---

(١) المقولة [٢١٦٧٢] قوله: ((ثمَّ إنَّما ينتصِبُ إلخ)) وما بعدها.

(٢) "اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية": الفصل الرابع في قيام بعض أهل الحق عن البعض في الدعاوي والخصومات ٣٨/١ (هامش "جامع الفصولين").

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الرابع في قيام بعض أهل الحق عن البعض في الدعاوي والخصومات ـ دعوى الدين ٣٧/١.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الرابع في قيام بعض أهل الحق عن البعض في الدعاوي والخصومات ـ دعوى الدين ٣٦/١.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧.

(٦) "جامع الفصولين": الفصل الرابع في قيام بعض أهل الحق عن البعض في الدعاوي والخصومات ـ الدعوى على الورثة ٣٨/١ ـ ٣٩.

وبعضُ الموقوفِ عليهم، أي: لوِ الوقفُ ثابتاً كما مرَّ[١] في بابِهِ، (أو) نائبِهِ (شرعاً كوصيٍّ) نَصَبَهُ (القاضي) خرَجَ المُسخَّرُ كما سيجيءُ، (أو حُكماً: بأنْ يكونَ ما يُدَّعَى على الغائبِ سبباً) لا محالةَ، ....

[٢٦٣٧٠] (قولُهُ: وبعضُ الموقوفِ عليهم) لِما في "القنية"[٢]: ((وقفٌ بينَ أخوينِ، ماتَ أحدُهما وبَقِيَ الوقفُ في يدِ الحَيِّ وأولادِ الميْتِ، فأقامَ الحَيُّ بيِّنةً على واحدٍ مِن أولادِ الأخِ أنَّ الوقفَ بطنٌ بعدَ بطنٍ، والباقي غُيَّبٌ، والواقفُ واحدٌ تُقبَلُ ويَنتصِبُ خصماً عنِ الباقي))، ثمَّ قال[٤]: ((وقفٌ بينَ جماعةٍ تَصِحُّ الدَّعوى مِن واحدٍ مِنهم أو وكيلِهِ على واحدٍ مِنهم أو وكيلِهِ إذا كان الوقفُ واحداً))، وتمامُهُ في "البحر"[٣].

[٢٦٣٧١] (قولُهُ: أي: لوِ الوقفُ ثابتاً) أمّا إذا لم يكنْ ثابتاً وأرادَ إثباتَ أنَّه وقفٌ فلا، وقدَّمنا[٤] في الوقفِ تقريرَ هذه المسألةِ بأتَمِّ وجهٍ، وذكَرْنا هناك[٥] مسائلَ أُخَرَ يَنتصِبُ فيها البعضُ خصماً عن غيرِهِ.

[٢٦٣٧٢] (قولُهُ: خرَجَ المُسخَّرُ) هو مَن يَنصِبُهُ القاضي لسماعِ الدَّعوى على الغائبِ.

[٢٦٣٧٣] (قولُهُ: كما سيجيءُ[٦]) أي: قريباً، أي: مُماثلاً لِما يأتي مِن تقييدِهِ بغيرِ الضَّرورةِ.

[٢٦٣٧٤] (قولُهُ: أو حُكماً) أي: بأنْ يكونَ قيامُهُ عنه حُكماً لأمرٍ لازمٍ، "فتح"[٧].

[٢٦٣٧٥] (قولُهُ: سبباً لا محالةَ) أي: لا تَحوُّلَ له عنِ السَّببيَّةِ، فاحترَزَ بكونِهِ ((سبباً)) عمّا

---

(١) ٥٨٧/١٣ وما بعدها "در".

(٢) "القنية": كتاب الوقف ـ باب في الدعوى والبينات في الوقف ق٩٣/أ، نقلاً عن ركن الصيادي، وظهير الدين التمرتاشي، ورمزين آخرين وهما "كج" و"عج"، وهذان الرمزان ليسا في حلِّ رموز "القنية" التي بين أيدينا.

(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧.

(٤) المقولة [٢١٦٥٠] قوله: ((وفي "العمادية": تقبل))، والمقولة [٢١٦٥٨] قوله: ((وقوَّاه في "الفتح" بقولهم إلخ)) وما بعدها.

(٥) المقولة [٢١٦٦١] قوله: ((وبعضُ مُستحقِّيهِ)).

(٦) صـ٤٨٩ـ "در".

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٤٠٢/٦.

....

يكونُ شرطاً، وسيذكُرُه "المصنِّف"[١]. وبقولِهِ: ((لا محالةَ)) عمّا يكونُ سبباً في حالٍ دونَ حالٍ، وعمّا لا يكونُ سبباً إلاّ بالبقاءِ إلى وقتِ الدَّعوى، فما يكونُ سبباً في حالٍ دونَ حالٍ يُقبَلُ في حَقِّ الحاضرِ دونَ الغائبِ، وبيانُهُ في مسألتينِ[٢]: الوكيلُ بنقلِ العبدِ إلى مولاهُ، أو بنقلِ[٣] المرأةِ إلى زوجِها، فإذا بَرهَنَ العبدُ أنّه حرَّرَهُ، أو المرأةُ أنَّه طلَّقَها ثلاثاً يُقبَلُ في حَقِّ قَصْرِ يدِ الحاضرِ لا في ثُبوتِ العِتقِ أو الطَّلاقِ، فإنَّ المُدَّعَى هنا على الغائبِ ـ وهو[٤] العِتقُ أو الطَّلاقُ ـ ليس سبباً لا محالةَ لِما يُدَّعَى على الحاضرِ ـ وهو قَصْرُ يدِهِ بانعزالِهِ عنِ[٥] الوكالةِ ـ؛ لأنَّه قد يتحقَّقُ العِتقُ والطَّلاقُ بدونِ انعزالِ وكيلٍ: بأنْ لا يكونَ هناك وكالةٌ أصلاً، وقد يتحقَّقُ مُوجباً للانعزالِ: بأنْ كان بعدَ الوكالةِ، فليس انعزالُ الوكيلِ حُكماً أصليّاً للطَّلاقِ والعِتاقِ، فمِن حيثُ إنَّه ليس سبباً لِحَقِّ الحاضرِ في الجملةِ لا يكونُ الحاضرُ خصماً عنِ الغائبِ، ومِن حيثُ إنّه قد يكونُ سبباً قَبِلنا البيِّنةَ في حَقِّ الحاضرِ بقَصْرِ يدِهِ وانعزالِهِ. وأمّا ما لا يكونُ سبباً إلاّ بالبقاءِ إلى وقتِ الدَّعوى فلا يُقبَلُ مُطلقاً، وبيانُهُ في مسائلَ، [٣/ق٢٢٠/ب] مِنها: ما لو بَرهَنَ المشتري فاسداً على البَيعِ مِن غائبٍ حينَ أرادَ البائعُ فَسْخَ البَيعِ للفسادِ لا يُقبَلُ في حَقِّ الحاضرِ في الفَسْخِ، ولا في حَقِّ الغائبِ في البَيعِ؛ لأنَّ نفسَ البَيعِ ليس سبباً لبُطلانِ حَقِّ الفَسْخِ؛ لجوازِ أنَّه باعَ مِن الغائبِ ثمَّ فسَخَ البَيعَ بينَهما، وإنْ شَهِدُوا ببقاءِ البَيعِ وقتَ الدَّعوى لا يُقبَلُ؛ لأنَّه إذا لم يكنْ خصماً في إثباتِ نفسِ البَيعِ لم يكنْ خصماً في إثباتِ البقاءِ؛ لأنَّ البقاءَ تَبَعٌ للابتداءِ، وتمامُهُ في "الفتح"[٦] وغيرِهِ.

٤/٣٣٦

---

(١) صـ٤٨١ـ "در".

(٢) في "آ": ((مسألتي)).

(٣) في "م": ((ينقل)).

(٤) في "ب": ((هو)) دون واو.

(٥) في "الأصل": ((من)).

(٦) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٤٠٤/٦.

فلو شرَى[1] أَمةً، ثمَّ ادَّعَى أنَّ مولاها زوَّجَها مِن فُلانٍ الغائبِ وأرادَ ردَّها بعيبِ الزَّواجِ لم يُقبَلْ؛ لاحتمالِ[2] أنه طلَّقَها وزالَ العيبُ، "ابن كمالٍ" (لِما يُدَّعَى على الحاضرِ)، مثالُهُ: (كما إذا) ادَّعَى داراً في يدِ رجلٍ،......................................

[٢٦٣٧٦] (قولُهُ: فلو شرَى أَمةً) تفريعٌ على قولِهِ: ((لا محالةَ))، فكان الأَولى ذِكرَهُ عندَ قولِ "المصنِّف": ((ولو كان ما يُدَّعَى على الغائبِ شرطاً)) بأنْ يقولَ: بخلافِ ما لو شرَى أَمةً إلخ، وبخلافِ ما لو كان ما يُدَّعَى على الغائبِ شرطاً إلخ؛ ليكونَ ذِكرُ مُحترَزِ القيودِ في مَحلٍّ واحدٍ.

[٢٦٣٧٧] (قولُهُ: لم يُقبَلْ) أي: بُرهانُهُ، لا في حَقِّ الحاضرِ ولا في حَقِّ الغائبِ؛ لأنَّ المُدَّعَى شيئانِ: الرَّدُّ بالعيبِ على الحاضرِ، والنِّكاحُ على الغائبِ، والثّاني ليس سبباً للأوَّلِ إلاّ باعتبارِ البقاءِ؛ لجوازِ أنْ يكونَ تزوَّجَها ثمَّ طلَّقَها، وإنْ بَرهَنَ على البقاءِ ـ أي: أنها امرأتُهُ للحالِ ـ لا يُقبَلُ أيضاً؛ لأنَّ البقاءَ تَبَعُ الابتداءِ، "فتح"[3].

[٢٦٣٧٨] (قولُهُ: مثالُهُ) لا حاجةَ إليه؛ لإغناءِ الكافِ عنه. اهـ "ح"[4].

(قولُهُ: لجوازِ أنْ يكونَ تزوَّجَها ثمَّ طلَّقَها) فيه: أنَّ هذا الاحتمالَ موجودٌ في مسألةِ "المصنِّف" مع أنَّه لم ينظُرْ إليه، وكذلك في كثيرٍ مِن المسائلِ الآتيةِ عنِ "المجتبى". هذا، وقد ذكَرَ في "التَّتمَّة": أنَّ مسألةَ "المصنِّف": ما يُدَّعَى على الحاضرِ والغائبِ شيءٌ واحدٌ، وهو المِلكُ، وأنَّ ذِكرَ السَّببيَّةِ فيما إذا كان المُدَّعَى عليهما شيئاً واحداً وقَعَ سهواً يُعرَفُ بالتَّأمُّلِ. وجعَلَ في "الفتح" المَقضِيَّ به عليهما شيئاً واحداً والمُدَّعَى به شيئينِ في هذه الصُّورةِ وفي مسألةِ الكفالةِ والشُّفعةِ، ويظهَرُ أنَّه في هذه لا يضُرُّ احتمالُ ارتفاعِ السَّببِ، بخلافِ ما إذا كان المُدَّعَى به على الحاضرِ غيرَ المدَّعى به على الغائبِ فإنَّه يضُرُّ.

---

(١) في "ط": ((اشترى)).

(٢) في "ط": ((الاحتمال))، وهو خطأ.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٦/٤٠٤.

(٤) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٩/أ.

و(بَرهَنَ) المُدَّعي (على ذي اليدِ أنَّه اشتَرَى) الدّارَ (مِن فُلانِ الغائبِ، فحكَمَ) الحاكمُ (على) ذي اليدِ (الحاضرِ كان) ذلك (حُكماً على الغائبِ) أيضاً، حتّى لو حضَرَ وأنكَرَ لم يُعتبَرْ؛ لأنَّ الشِّراءَ مِن المالكِ سببُ المِلكيَّةِ لا محالة، وله صُوَرٌ كثيرةٌ ذكَرَ مِنها في "المجتبى" تسعاً وعشرينَ،..........................

[٢٦٣٧٩] (قولُهُ: مِن فُلانِ الغائبِ) زادَ في "الفتح"[1]: ((وهو يَملِكُها))، أي: لأنَّ مجرَّدَ الشِّراءِ لا يُثبِتُ المِلكَ للمشتري؛ لاحتمالِ كونِها لغيرِ البائعِ، وهو فُضُوليٌّ.

[٢٦٣٨٠] (قولُهُ: لأنَّ الشِّراءَ مِن المالكِ) هذا هو المُدَّعَى على الغائبِ.

[٢٦٣٨١] (قولُهُ: سببُ المِلكيَّةِ) أي: والمِلكيَّةُ هنا هي المُدَّعَى على الحاضرِ.

مطلبٌ: المسائلُ التي يكونُ القضاءُ فيها على الحاضرِ قضاءً على الغائبِ

[٢٦٣٨٢] (قولُهُ: تسعاً وعشرينَ) قال في "المنح"[2]: ((وفي "المجتبى" بعدَ أنْ علّمَ بعلامة "شط"[3]: كلُّ مَنِ ادُّعِيَ عليه حَقٌّ لا يثبُتُ عليه إلاّ بالقضاءِ على الغائبِ فالقضاءُ على الحاضرِ قضاءٌ على الغائبِ، وتظهَرُ ثَمَرتُهُ في مسائلَ، مِنها: أقامَ بيِّنةً أنَّ له على فُلانِ الغائبِ كذا، وأنَّ هذا كفيلٌ عنه بأمرِهِ يُقضَى على الغائبِ والحاضرِ؛ لأنَّها كالمعاوضةِ، ولو لم يَقُلْ: بأمرِهِ لا يُقضَى على الغائبِ.

ومِنها: لو أقامَ بيِّنةً أنَّه كفيلٌ بكلِّ ما لَهُ على فُلانٍ، وأنَّ له على فُلانٍ ألفاً كانت قبلَ الكفالةِ يُقضَى على الحاضرِ والغائبِ، ولا يحتاجُ إلى دعوى الكفالةِ بأمرِهِ، بخلافِ الأُولى؛ لأنَّ الكفالةَ المطلَقةَ لا تُوجِبُ المالَ على الكفيلِ ما لم تُوجِبْهُ على الأصيلِ، فصار كأنَّه علَّقَ الكفالةَ بوجوبِ المالِ على الأصيلِ، فانتصَبَ عنِ الغائبِ خصماً.

(قولُ "الشّارحِ": ذكَرَ مِنها في "المجتبى" تسعاً وعشرينَ) لكنْ ليس كلُّ المسائلِ المذكورةِ ما يُدَّعَى على الغائبِ فيها سبباً لِما يُدَّعَى على الحاضرِ، بل بعضُها كذلك وبعضُها شرطٌ. نَعَمْ، جعَلَ في "التَّتمَّة" الشَّرطَ الغيرَ المنفَكِّ بمنزلةِ السَّببِ، لكنَّه خلافُ الأصحِّ، وجرَى عليه في "المجتبى".

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٤٠٣/٦.

(٢) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٩/أ، وفي نسختنا من "المنح" هنا سَقْطٌ لبعض العبارات.

(٣) أي: "شرح الطحاوي"، كما هو مبيّن في شرح رموز "القنية" للزاهدي صاحب "المجتبى".

....

ومِنها: أنَّ القاذفَ[١] إذا قال: أنا عبدٌ لفُلان[٢] فلا حَدَّ عليَّ، فأقامَ المقذوفُ بيِّنةً أنَّ فُلاناً أَعتقَهُ حُدَّ، وكان قضاءً على الغائبِ بالعِتقِ.

ومِنها: لو قال له: يا ابنَ الزّانيةِ، فقال القاذفُ[٣]: أُمُّهُ أَمةُ فُلانٍ، فأقامَ المقذوفُ بيِّنةً أنَّها بنتُ فُلانٍ القُرشيَّةُ يُحكَمُ بالنَّسبِ ويُحَدُّ.

ومِنها: لو أقامَ بيِّنةً أنَّه ابنُ عمِّ الميْتِ فُلانٍ، وأنَّ الميْتَ فُلانُ بنُ فُلانٍ يَجتمِعانِ إلى أبٍ واحدٍ، وأنَّه وارِثُهُ فحَسْبُ قُضِيَ بالميراثِ والنَّسبِ على الغائبِ.

ومِنها: لو أقامَ بيِّنةً أنَّ أَبوَيِ الميْتِ كانا مملوكَينِ أَعتقَهما، ثمَّ وُلِدَ لهما هذا الولدُ وماتَ، وأنَّه مولاهُ ووارِثُهُ قُضِيَ بالولاءِ، وكان قضاءً بالولاءِ على الأَبوينِ، وإخْوتِهِ[٤] المولودينَ بعدَ عِتقِهِما.

ومِنها: لو قال لدائنِ العبدِ المأذونِ: ضَمِنتُ لدَيْنِكَ عليه إنْ أَعتقَهُ مولاهُ، فأقامَ بيِّنةً عليه أنَّ مولاهُ أَعتَقَهُ بعدَ الضَّمانِ والعبدُ والمولَى غائبانِ يُقضَى بالضَّمانِ، وكان قضاءً بالعِتقِ للغائبِ وعلى الغائبِ.

ومِنها: لو قال المشهودُ عليه: الشّاهدُ عبدٌ، فأقامَ المُدَّعي أوِ الشّاهدُ بيِّنةً أنَّ مولاهُ أَعتَقَهُ قبلَ الشَّهادةِ.

ومِنها: لوِ ادَّعَى شيئاً في يدِ رجلٍ أنَّه اشتراهُ مِن فُلانٍ، وأقامَّ بيِّنةً يُقضَى له بالمِلكِ والشِّراءِ مِن فُلانٍ.

ومِنها: ما لو قذَفَ عبداً، فأقامَ المقذوفُ بيِّنةً أنَّ مولاهُ كان أَعتَقَهُ، وادَّعَى كمالَ الحَدِّ.

(قولُهُ: وحرِّيَّةِ المولودينَ إلخ) عبارةُ الأصلِ: ((وإخوتِهِ إلخ)).

---

(١) في "ب": ((القاذق))، وهو خطأ.

(٢) في "م": ((فلان))دون اللام الجارَّة.

(٣) في "ب": ((القاذق))، وهو خطأ.

(٤) في النسخ جميعها: ((وحرية المولودين))، وما أثبتناه من "المنح" و"ح".

....

ومِنها: ما لو أقامَ العبدُ المشتَرَى بيِّنةً أنَّ البائعَ كان أَعتَقَهُ، أو رجلٌ آخَرُ أَعتَقَهُ وهو يَمِلكُهُ.

ومِنها: ما لو قال لرجلٍ: ما بايعتَ فُلاناً [٣/ق٢٢١/أ] فعليَّ، فأقامَ الرَّجلُ بيِّنةً على الضّامنِ أنَّه باعَ فُلاناً عبدَهُ بألفٍ.

ومِنها: ما لو أقامَ بيِّنةً على رجلٍ أنَّكَ اشتَرَيتَ هذه الدّارَ مِن فُلان وأنا شفيعُها.

ومِنها: ما لو قال لرجلٍ: عليَّ ألفٌ فاقضِها، فأقامَ المأمورُ بيِّنةً أنَّه قضاها يُقضَى بقَبْضِ الغائبِ والرُّجوعِ على الآخَرِ.

ومِنها: ما لو قال لغيرِهِ: الذي في يدي لفُلانٍ فاشتَرِهِ لي وانقُدِ الثَّمَنَ، فأقامَ المأمورُ بيِّنةً أنَّه فعَلَ ذلك.

ومِنها: ما لو قال لرجلٍ: اضمَنْ لهذا ما دايَنَني فضَمِنَ، فأقامَ الضَّمينُ بيِّنةً أنَّ فُلاناً دايَنَكَ كذا، وأنِّي قضَيتُ عنكَ.

ومِنها: الكفيلُ بأمرٍ أقامَ بيِّنةً على الأصيلِ أنَّه أَوْفَى الطّالبَ.

ومِنها: ما لو أقامَ بيِّنةً على أنَّ له على فُلان ألفاً، وأنَّه أحالَ بما عليه.

ومِنها: ما لو أقامَ بيِّنةً على رجلٍ أنَّه كان لفُلانٍ عليك ألفٌ أحَلتَهُ بها[١] عليَّ وأدَّيتُها إليه.

٤/٣٣٧ ومِنها: ما لو طالَبَ البائعُ المشتريَ بالثَّمَنِ، فأقامَ هو بيِّنةً أنَّه أحالَهُ بالثَّمَنِ على فُلان.

ومِنها: ما لو قال لرجلٍ: إنْ جنَى عليكَ فُلانٌ فأنا كفيلٌ بنفسِهِ، فأقامَ بيِّنةً أنَّه جنَى عليه فُلانٌ.

ومِنها: ما لو أقامَ بيِّنةً على رجلٍ في يدِهِ دارٌ أنَّها له، فأقامَ ذو اليدِ بيِّنةً أنَّ فُلاناً وهَبَها له، وسلَّمَ، أو أودَعَ، أو باعَ.

ومِنها: ما لو أقامَ ذو اليدِ بيِّنةً أنَّ المُدَّعيَ باعَها مِن فُلانٍ وقبَضَها تبطُلُ بيِّنةُ المُدَّعي، ويلزَمُ الشِّراءُ الغائبَ.

(قولُهُ: فأقامَ ذو اليدِ بيِّنةً إلخ) أي: وقدِ ادَّعَى المُدَّعي تلقِّيَ المِلكِ مِن فُلانٍ بتاريخٍ مُتأخِّرٍ عن تاريخِ المُدَّعَى عليه، تأمَّلْ.

---

(١) في "م": ((به)).

(ولو كان ما يُدَّعَى على الغائبِ شرطاً) لِما يدَّعيهِ على الحاضرِ كما إذا ادَّعَى عبدٌ على مولاهُ

ومِنها: ما لو قال ذو اليدِ: أودَعَنيهِ فُلانٌ، فطلَبَ المُدَّعي تحليفَهُ به فنكَلَ، فقُضِيَ عليه نفَذَ على فُلان.

ومِنها: ما لو قال: وصَلَ إليَّ مِن زيدٍ وكيلِ فُلانٍ بأمرِهِ، أو مِن غاصبٍ مِنه، وحلَفَ المُدَّعي ما يعلَمُ دَفْعَ زيدٍ، فقُضِيَ عليه نفَذَ على فُلان.

ومِنها: ما لو أقامَ بيِّنةً على عبدٍ أنَّ مولاهُ أَعتَقَهُ، وأنَّه قطَعَ يدَهُ بعدَ ذلك، أوِ استدانَ مِنه، أوِ اشتَرَى مِنه، أو باعَ مِنه.

ومِنها: ما قيل: إنَّه لو قال لامرأتِهِ: إنْ طلَّقَ فُلانٌ امرأتَهُ فأنت طالقٌ، فأقامَت بيِّنةً على الحاضرِ أنَّ فُلاناً طلَّقَ امرأتَهُ.

ومِنها: ما لو أقامَ الحاضرُ على القاتلِ بيِّنةً أنَّ الوليَّ[1] الغائبَ قد عَفا فتُقبَلُ البيِّنةُ في جميعِ هذه الصُّورِ، ويتضمَّنُ القضاءُ على الحاضرِ القضاءَ على الغائبِ فيها)) اهـ "ح"[2].

(قولُهُ: ومِنها: ما لو قال ذو اليدِ: أودَعَنيهِ إلخ) وذلك بأن ادَّعَى على واضعِ اليدِ عَيْناً، فدفَعَ دعواهُ بإيداعِ[3] فُلان له ولم يُثبِتْها، وعجزَ المُدَّعي عن إثباتِ دعواهُ المِلكَ، فطلَبَ تحليفَ المُدَّعَى عليه على نفيِ المِلكِ فنكَلَ، فقُضِيَ عليه بالمِلكِ للمدَّعي كان قضاءً على فُلان الغائبِ، لكنْ فيه: أنَّ النُّكولَ حُجَّةٌ قاصرةٌ كالإقرارِ، فلا يظهَرُ تعدِّيهِ على الغائبِ، وأيضاً لو أقامَ المُدَّعي بيِّنةً على دعواهُ وقُضِيَ بها لا يتعدَّى إلى فُلانٍ؛ إذِ الحُكمُ حُكمٌ على ذي اليدِ وعلى مَن تلَقَّى المِلكَ مِنه، والمُدَّعَى عليه لم يتلَقَّاهُ مِن فُلان حتَّى يتعدَّى إليه، وعلى هذا تكونُ المسألةُ التّاليةُ لهذه المسألةِ مَحلَّ نظرٍ أيضاً كما قال "ط"، لكنْ يندَفِعُ الإيرادُ بأنَّ المرادَ بالنَّفاذِ على الغائبِ مِن جهةِ أمرِ المُدَّعَى عليه بالتَّسليمِ فقط، والغائبُ إذا حضَرَ تُسمَعُ دعواهُ.

(قولُهُ: فطلَبَ المُدَّعي تحليفَهُ به) عبارةُ "الحاوي": ((له)).

(قولُهُ: فقُضِيَ عليه) أي: بالبيِّنةِ أوِ النُّكول.

(قولُهُ: ما لو أقامَ الحاضرُ على القاتلِ بيِّنةً إلخ) هكذا عباراتُهم، والقصدُ الحُكمُ على القاتلِ بنصيبِ الحاضرِ مِن الدِّيَةِ.

---

(١) في "آ" و"ب" و"م": ((المولى))، وما أثبتناه من "الأصل" هو الموافق لعبارة "المنح" و"ح".

(٢) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣٠٩/أ ـ ب.

(٣) في المطبوعة: ((بإبداع)) بالباء الموحدة، وهو خطأ.

أنَّه علَّقَ عِتقَهُ بتطليقِ زوجةِ زيدٍ[1]، وبَرهَنَ على التَّطليقِ بغَيْبةِ زيدٍ (لا) يُقبَلُ في الأصحِّ

[٢٦٣٨٣] (قولُهُ: لا يُقبَلُ) لأنَّ الشَّرطَ ليس بأصلٍ بالنِّسبةِ إلى المشروطِ، بخلافِ السَّببِ، فإنْ قُضِيَ فقد قُضِيَ على الغائبِ ابتداءً، "قُهستانيّ"[2]، "ط"[3].

قلتُ: والمُتبادِرُ مِن إطلاقِهم أنَّه لا يُقبَلُ في حَقِّ الحاضرِ ولا في حَقِّ الغائبِ، ويُؤيِّدُهُ ما في "البحر"[4] عن "جامع الفصولين"[5]: ((علَّقَ طلاقَها بتزوُّجٍ عليها، فبَرهَنَت أنَّه تزوَّجَ عليها فُلانةَ الغائبةَ عنِ المجلسِ، هل تُسمَعُ حالَ الغَيْبةِ؟ فيه روايتان، والأصحُّ: أنَّها لا تُقبَلُ في حَقِّ الحاضرةِ والغائبةِ، فلا طلاقَ ولا نكاحَ[6])) اهـ. لكنْ نقَلَ[7] عنه[8] عَقِبَهُ فَرْعاً آخَرَ، وهو: ((ادَّعَت عليه أنَّه كفَلَ بمهرِها عن زوجِها لو طلَّقَها ثلاثاً، وأنَّه طلَّقَها ثلاثاً، فأقرَّ المُدَّعَى عليه بالكفالةِ وأنكَرَ العِلمَ بوقوعِ الثَّلاثِ، فبَرهَنَت به يُحكَمُ لها بالمهرِ على الحاضرِ، لا بالفُرقةِ على الغائبِ)) اهـ. والظَّاهرُ أنَّه خلافُ الأصحِّ بقرينةِ قولِهِ: ((والأصحُّ أنَّها لا تُقبَلُ إلخ)).

[٢٦٣٨٤] (قولُهُ: في الأصحِّ) مُقابِلُهُ ما حَكاهُ في "الفتح"[9] عن بعضِ المتأخِّرينَ كـ"فخر الإسلام" و"الأُوزْجَنديّ"[10]: ((أنَّهم أفتَوا فيه بانتصابِ الحاضرِ خصماً))، أي: فالشَّرطُ عندَهم كالسَّببِ، ويُقابِلُهُ أيضاً ما ذكَرْناهُ آنفاً[11] مِن قَبُولِها في حَقِّ الحاضرِ لا الغائبِ.

---

(١) في "د": ((زوجته)) بدل ((زوجة زيد)).

(٢) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٣١.

(٣) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/٢٠٠.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٢٢.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الثالث فيمن يصلح خصماً لغيره ومن لا يصلح إلخ ١/٣١.

(٦) قوله: ((في حَقِّ الحاضرةِ والغائبةِ، فلا طلاقَ ولا نكاحَ)) ليس في مطبوعة "جامع الفصولين"، ولعلها زيادة من صاحب "البحر"، والله أعلم.

(٧) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٢٢.

(٨) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضي عنه إلخ ١/٤١ بتصرف.

(٩) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٦/٤٠٥.

(١٠) هو القاضي محمود بن عبد العزيز، شمس الأئمة الأُوزْجَنْدِيّ، جدُّ قاضيخان. ("الجواهر المضية" ٣/٤٤٦، ٤/١٤٣، "الفوائد البهية" صـ٢٠٩ـ).

(١١) المقولة [٢٦٣٧٥] قوله: ((سبباً لا محالةَ)).

(إذا كان فيه إبطالُ حَقِّ الغائبِ)، فلو لم يكنْ كما إذا علَّقَ طلاقَ امرأتِهِ بدخولِ زيدٍ الدّارَ يُقبَلُ؛ لعَدَمِ ضرَرِ الغائبِ. ومِن حِيَلِ إثباتِ العِتقِ على الغائبِ: أنْ يدَّعِيَ المشهودُ عليه أنَّ الشّاهدَ عبدُ فُلانٍ، فبَرهَنَ المُدَّعي أنَّ مالِكَهُ الغائبَ أَعتَقَهُ تُقبَلُ. ومِن حِيَلِ الطَّلاقِ: حيلَةُ الكفالةِ بمهرِها مُعلَّقةً بطلاقِها، ودعوى كفالتِهِ بنفقةِ العِدَّةِ مُعلَّقةً بالطَّلاقِ.

[٢٦٣٨٥] (قولُهُ: يُقبَلُ؛ لعَدَمِ ضرَرِ الغائبِ) وذكَرَ في "الفتح"[1]: ((أنَّه ليس في هذا قضاءٌ على الغائبِ بشيءٍ؛ إذ ليس فيه إبطالُ حَقٍّ له)) اهـ. أي: لأنَّ دخولَ الغائبِ الدّارَ لا يترتَّبُ عليه حُكمٌ، لكنْ قال "ط"[2]: ((لو كان الغائبُ علَّقَ طلاقَ امرأتِهِ بدخولِهِ الدّارَ فالظّاهرُ أنَّه في حُكمِ الأوَّلِ؛ للُزومِ الضَّررِ)) اهـ.

[٢٦٣٨٦] (قولُهُ: ومِن حِيَلِ إثباتِ العِتقِ إلخ) هي مِن جملةِ الصُّورِ التِّسعِ والعشرينَ المارَّةِ[3].

[٢٦٣٨٧] (قولُهُ: ومِن حِيَلِ الطَّلاقِ إلخ) الأَولى إسقاطُهُ؛ لقولِ [٣/ق٢٢١/ب] "البحر"[4]: ((وأمّا حِيَلُ إثباتِ طلاقِ الغائبِ فكلُّها على الضَّعيفِ مِن أنَّ الشَّرطَ كالسَّببِ، قال في "جامع الفصولين"[5]: ومع هذا لو حُكِمَ بالحُرمةِ نفَذَ؛ لاختلافِ المشايخ)) اهـ.

(قولُهُ: فالظّاهرُ أنَّه في حُكمِ الأوَّلِ؛ للُزومِ الضَّررِ) في "التَّتِمَّة" مِن الفصلِ العاشرِ في القضاءِ على الغائبِ: ((الحاصلُ: أنَّ الإنسانَ إذا أقامَ البيِّنةَ على شَرْطِ حَقِّهِ بإثباتِ فعلٍ على الغائبِ: فإنْ لم يكنْ فيه إبطالُ حَقِّ الغائبِ تُقبَلُ هذه البيِّنةُ، ويَنتصِبُ الحاضرُ خصماً عنِ الغائبِ، وإنْ كان في قَبولِ البيِّنةِ إبطالُ حَقِّ الغائبِ مِن طلاقٍ، أو عِتاقٍ، أو بَيْعٍ، أو ما أشبَهَ ذلك الأصحُّ أنْ لا يُقبَلَ)) اهـ. وهذا نصٌّ فيما استظهَرَهُ "ط"، وانظُرِ "التَّتِمَّة" في مسائلِ القضاءِ على الغائبِ، فإنَّ ما فيها مُهِمٌّ هنا، ومثلُهُ في "الفتح".

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٤٠٥/٦.

(٢) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢٠٠/٣.

(٣) المقولة [٢٦٣٨٢] قوله: ((تسعاً وعشرينَ)).

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٢/٧ باختصار.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضي عليه إلخ ٤٨/١.

....

قلتُ: يعني إذا كان الحاكمُ مُجتهِداً، أمّا المقلِّدُ فلا يَصِحُّ حُكمُهُ بالضَّعيفِ كما ذكَرْناهُ سابقاً[1]. نَعَمْ، نقَلَ في "البحر"[2] بعدَ هذا عن "الخلاصة"[3]: ((الطَّريقُ في إثباتِ الرَّمضانيَّةِ أنْ يُعلِّقَ وكالةً بدخولِهِ، فيَتنازعانِ في دخولِهِ، فيشهَدَ الشُّهودُ، فيُقضَى بالوكالةِ وبدخولِهِ)) اهـ. قال في "البحر"[4]: ((وعليه: فإثباتُ طلاقٍ مُعلَّقٍ بدخولِ شهرٍ حيلَةٌ فيه ولو كان الزَّوجُ غائباً؛ لأنَّ هذا ليس مِن قبيلِ الشَّرطِ؛ لأنَّه لا بدَّ أنْ يكونَ فعلَ الغائبِ، وكذا إثباتُ مِلكٍ، أو وقفٍ، أو نكاحٍ، فيُعلِّقُ وكالةً بمِلكِ فُلانٍ ذلك الشَّيءَ، أو بوقفيَّةِ كذا، أو بكونِ فُلانةٍ زوجةَ فُلانٍ، ويدَّعي الوكيلُ، فيقولُ الخصمُ[5]: وكالتُكَ مُعلَّقةٌ بما لم يُوجَدْ، فيقولُ الوكيلُ: بل هي مُنجَّزةٌ؛ لتعلُّقِها بكائنٍ، ويَبرهَنَ على المِلكِ ونحوِهِ، ولا يُعلَّقُ بفعلِ الغائبِ كـ: إنْ نكَحَ، إنْ وقَفَ، إنْ طلَّقَ، إنْ ملَكَ، هذا ما ظهَرَ لي)) اهـ مُلخَّصاً.

قلتُ: وفيه نظرٌ؛ لأنَّ المانعَ إثباتُ الضَّررِ بالغائبِ، قال في "الفتح"[6]: ((الأصلُ أنَّ ما كان شرطاً لثُبوتِ الحَقِّ للحاضرِ مِن غيرِ إبطالِ حَقٍّ للغائبِ قُبِلَتِ البيِّنةُ فيه؛ إذ ليس فيه قضاءٌ على الغائبِ[7]، وما تضمَّنَ إبطالاً عليه لا تُقبَلُ)) اهـ. فعُلِمَ أنَّ المناطَ إبطالُ حَقِّ الغائبِ، سواءٌ

(قولُهُ: وعليه: فإثباتُ طلاقٍ مُعلَّقٍ إلخ) عبارةُ "البحر": ((وعلى هذا إذا أرادَ إثباتَ طلاقٍ مُعلَّقٍ بدخولِ شهرٍ فالحيلةُ فيه ذلك ولو كان الزَّوجُ إلخ)).

---

(١) المقولة [٢٦٣٥٧] قوله: ((لكونِهِ معزولاً عنه)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٢٣.

(٣) "الخلاصة": كتاب الشهادات ـ الفصل الثاني فيما يقبل من الشهادة ق٢١٦/ب بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٢٣.

(٥) في "ب": ((الخصم))، وهو خطأ.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٦/٤٠٥.

(٧) في "م": ((الغالب))، وهو خطأ.

ومَن أرادَ أنْ لا يزنيَ فحيلتُهُ ما في دعوى "البزّازيَّة"[١]: ((ادَّعَى عليها أنَّ زوجَها الغائبَ طلَّقَها، وانقضَت عِدَّتُها وتزوَّجَها، فأقرَّت بزوجيَّةِ الغائبِ وأنكَرَت طلاقَهُ، فبَرهَنَ عليها بالطَّلاقِ يُقضَى عليها أنها زوجةُ الحاضرِ،..................

كان الشَّرطُ فعلَهُ أوْ لا، فلا فرقَ بينَ كونِ الشَّرطِ: إنْ نكَحَ، أو: إنْ كانت مَنكوحتَهُ، فتفريعُ هذه المسائلِ على ما في "الخلاصة" غيرُ ظاهرٍ؛ إذ ما فيها ليس فيه حُكمٌ على غائبٍ أصلاً، بخلافِ هذه المسائلِ، فإنَّ فيها الحُكمَ على الغائبِ ابتداءً بما يتضرَّرُ به ولو مِلكاً، فإنَّه قد يلزَمُ مِنه ضرَرُ واضعِ اليدِ المُدَّعي أنَّه مِلْكُهُ، وغيرُ ذلك، فتدبَّرْ.

[٢٦٣٨٨] (قولُهُ: ومَن أرادَ[٢] أنْ لا يزنيَ إلخ) إنْ كانت هذه الحيلةُ صدقاً فلا وجهَ لتسميتِها حيلةً، ولا لقولِهِ: ((ومَن أرادَ أنْ لا يزنيَ))، وصنيعُهُ يُوهِمُ أنَّ ذلك سائغٌ كَذِباً وليس كذلك، بل مثلُهُ مِن أكبرِ الكبائرِ، "ط"[٣]. فالصَّوابُ إسقاطُ هذه العبارةِ والاقتصارُ على عبارةِ "البزّازيَّة" كما فعَلَ في "البحر"[٤]، على أنَّ في صحَّةِ هذا الفرْعِ كلاماً نذكُرُه عَقِبَهُ[٥].

[٢٦٣٨٩] (قولُهُ: فبَرهَنَ عليها بالطَّلاقِ) أي: وبأنَّه تزوَّجَها بعدَ العِدَّةِ كما هو ظاهرٌ.

[٢٦٣٩٠] (قولُهُ: يُقضَى عليها أنَّها زوجةُ الحاضرِ) أي: ويُقضَى على الغائبِ بالطَّلاقِ كما يدُلُّ عليه ما بعدَهُ.

قلتُ: لكنْ تقدَّمَ[٦] أنَّ القضاءَ على الغائبِ إنَّما يَصِحُّ إذا كان سبباً لِما يُقضَى على

(قولُهُ: قلتُ: لكنْ تقدَّمَ أنَّ القضاءَ على الغائبِ إنَّما يَصِحُّ إلخ) نَعَمْ، طلاقُ الغائبِ ليس سبباً لِما يُدَّعَى على الحاضرِ مِن التزوُّجِ أصلاً، بل هو شرطٌ له، وقد عَلِمتَ أنَّ حِيَلَ إثباتِ طلاقِ الغائبِ كلَّها على الضَّعيفِ مِن أنَّ الشَّرطَ كالسَّببِ، فعلى هذا ما في "الفصولين" على الصَّحيحِ، ومعنى جَعْلِ ما ذُكِرَ

---

(١) "البزازية": كتاب الدعوى ـ الفصل الثاني عشر في دعوى النكاح ٣٦٧/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "ب": ((أزاد))بالزاي المعجمة، وهو خطأ.

(٣) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢٠٠/٣.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٢/٧.

(٥) المقولة [٢٦٣٩٠] قوله: ((يُقضَى عليها أنَّها زوجةُ الحاضرِ)).

(٦) المقولة [٢٦٣٧٥] قوله: ((سبباً لا محالةَ)).

ولا يحتاجُ إلى إعادةِ البيِّنةِ إذا حضَرَ الغائبُ)). (ولو قُضِيَ على غائبٍ بلا نائبٍ ينفُذُ) في أظهَرِ الرِّوايتينِ عن أصحابِنا، ذكَرَهُ "منلا خُسرو"[1] في بابِ خيارِ العيبِ

٤/٣٣٨ الحاضرِ لا محالةَ، ولا شكَّ أنَّ طلاقَ الغائبِ ليس كذلك؛ لأنَّ التزوُّجَ قد يكونُ بدونِ طلاقٍ كما لو لم تكنْ زوجةَ أحدٍ، وانظُرْ ما قدَّمناهُ[2] عندَ قولِهِ: ((سبباً لا محالةَ)) يظهَرْ لك حقيقةُ الأمرِ.

[٢٦٣٩١] (قولُهُ: ولا يحتاجُ إلخ) قال "الخيرُ الرَّمليُّ": ((وفي "جامع الفصولين"[3] خلافُهُ)).

[٢٦٣٩٢] (قولُهُ: ولو قُضِيَ على غائبٍ إلخ) أي: قضَى مَن يَرى جوازَهُ كشافعيٍّ؛ لإجماعِ الحنفيَّةِ على أنَّه لا يُقضَى على غائبٍ كما ذكَرَهُ "الصَّدر الشَّهيد" في "شرح أدب القضاء"[4]، كذا حقَّقَهُ في "البحر"[5].

والحاصلُ: أنَّه لا خلافَ عندَنا في عَدَمِ جوازِ القضاء على الغائبِ، وإنَّما الخلافُ في أنَّه لو قضَى به مَن يَرى جوازَهُ: هل ينفُذُ بدونِ تنفيذٍ أوْ لا بدَّ مِن إمضاءِ قاضٍ آخَرَ؟ ورأيتُ نحوَ هذا منقولاً عن "إجابة السّائل"[6] عن بعضِ رسائلِ العلاّمةِ "قاسمٍ"[7]، وبه ظهَرَ أنَّ قولَ "المصنِّف" فيما مرَّ[8]: ((ولا يُقضَى على غائبٍ)) بيانٌ لحُكمِ المذهبِ عندَنا، وقولُهُ هنا: ((ولو قُضِيَ إلخ)) حكايةٌ للخلافِ في النَّفاذِ وعَدَمِهِ.

حيلةً أنَّه لو فعَلَهُ انعَدَمَ الزِّنى؛ لنفاذِ القضاء بشهادةِ الزُّورِ باطناً وإنْ أَثِمَ، وأغلبُ الحِيَلِ الشَّرعيَّةِ كذلك، لكنْ هذا إذا كانتِ المرأةُ في نفسِ الأمرِ مُطلَّقةً ومُنقضيةَ العِدَّةِ، وإلاّ لا ينفُذُ باطناً؛ لعَدَمِ المَحلِّ.

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب البيوع ٢/١٦٦.

(٢) المقولة [٢٦٣٧٥] قوله: ((سبباً لا محالة)).

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدّى إلى غير المقضي عليه إلخ ١/٤١.

(٤) "شرح أدب القاضي": الباب الثاني والثلاثون في الحجر بسبب الدين ٢/٣٩٥.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٧.

(٦) وهو ـ والله أعلم ـ "إجابة السائل" في اختصار "أنفع الوسائل" لعمر بن نجيم، وتقدم الكلام عليه ١٣/٥٢١.

(٧) هي ـ والله أعلم ـ رسالته المسماة: "رد القول الخائب في القضاء على الغائب". ("كشف الظنون" ١/٨٣٧).

(٨) صـ٤٦٩ـ "در".

....

قلتُ: بَقِيَ ما لو قضَى الحنفيُّ بذلك، ولا يخفَى أنَّه يأتي فيه الكلامُ المارُّ[١] فيما لو قضَى في مُجتهَدٍ فيه بخلافِ رأيِهِ وما فيه مِن التَّفصيلِ واختلافِ التَّصحيحِ، فعلى قولِ مَن رجَّحَ الجوازَ لا يبقَى فرقٌ بينَ الحنفيِّ وغيرِهِ، وعلى هذا يُحمَلُ ما صرَّحَ به في "القنية"[٢]: ((مِن أنَّه لا يُشترَطُ في نفاذِ القضاءِ على الغائبِ أنْ يكونَ مِن شافعيٍّ))، وبه اندفَعَ ما أوردَهُ [٣/ق٢٢٢/أ] "الرَّمليُّ" و"المقدِسيُّ" على صاحبِ "البحر"، حيثُ خصَّهُ بمَن يَرى جوازَهُ كما ذكَرْنا. واندفَعَ أيضاً ما يُتوهَّمُ مِن المنافاةِ بينَ ما ذكَرَهُ "الصَّدر الشَّهيد" وما في "القنية"، هذا ما ظهَرَ لي، فتدبَّرْهُ. لكن استظهَرَ في "البحر"[٣] بعدَ ذلك تخصيصَ الخلافِ في النَّفاذِ وعَدَمِهِ بالحُكمِ للمفقودِ لا مُطلَقِ الغائبِ، واستدلَّ بعبارةٍ في "الخانيَّة"[٤]، ونازَعَهُ "الرَّمليُّ": ((بأنَّها لا تدُلُّ على مُدَّعاهُ، بلِ الظَّاهرُ مِن كلامِهم التَّعميمُ)) اهـ. وقال في "جامع الفصولين"[٥]: ((قد اضطَرَبَتْ[٦] آراؤهم وبيانُهم في مسائلِ الحُكمِ للغائبِ وعليه ولم يَصْفُ، ولم يُنقَلْ عنهم أصلٌ قويٌّ ظاهرٌ يُبنَى عليه الفروعُ بلا اضطرابٍ ولا إشكالٍ، فالظَّاهرُ عندي أنْ يَتأمَّلَ في الوقائعِ ويَحتاطَ، ويُلاحِظَ الحرَجَ والضَّروراتِ فيُفتي بحسَبِها جوازاً أو فساداً، مثلاً: لو طلَّقَ امرأتَهُ عندَ العَدْلِ، فغابَ عنِ البلدِ ولا يعرِفُ مكانَهُ، أو يعرِفُ ولكنْ يعجزُ عن إحضارِهِ، أو عن أنْ تسافِرَ إليه هي أو وكيلُها لبُعدِهِ أو لمانعٍ آخَرَ، وكذا المديونُ لو غابَ وله نَقْدٌ في البلدِ أو نحوُ ذلك، ففي مثلِ هذا لو برهَنَ على

(قولُهُ: فالظَّاهرُ عندي أنْ يَتأمَّلَ في الوقائعِ إلخ) صاحبُ "الفصولين" ليس مِن أهلِ التَّرجيحِ، وعَلِمتَ أنَّ المذهبَ أنَّه لا يُقضَى على غائبٍ، فعلى هذا يكونُ القضاءُ عليه خلافَ المذهبِ وإنْ كان فيه ضرورةٌ، تأمَّلْ.

---

(١) صـ٤٦٣ـ وما بعدها "در".

(٢) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب القضاء في المجتهدات وما يتصل به ق١٣٠/ب، نقلاً عن القاضي عبد الجبار وعلي السغدي.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨/٧.

(٤) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده ـ فصل فيما يقضي في المجتهدات إلخ ٤٥٦/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدَّى إلى غير المقضي عليه إلخ ٤٣/١ ـ ٤٤ بتصرف.

(٦) في "الأصل" و"ك" و"آ" و"ب": ((اضطرب))، وما أثبتناه من "م" هو الموافق لعبارة "جامع الفصولين".

(وقيل: لا) ينفُذُ، ورجَّحَهُ غيرُ واحدٍ، وفي "المنية" و"البزّازيَّة"[(١)] و"مجمع الفتاوى": ((وعليه الفتوى))، ورجَّحَ في "الفتح"[(٢)] توقُّفَهُ على إمضاءِ قاضٍ آخَرَ. ....

الغائبِ وغلَبَ على ظنِّ القاضي أنَّه حَقٌّ لا تزويرَ ولا حيلةَ فيه فينبغي أنْ يَحكُمَ عليه وله، وكذا للمفتي أنْ يُفتيَ بجوازِهِ دَفْعاً للحرَجِ والضَّروراتِ، وصيانةً للحُقوقِ عنِ الضَّياعِ مع أنَّه مُجتهَدٌ فيه، ذهَبَ إليه الأئمَّةُ الثَّلاثةُ[(٣)]، وفيه روايتانِ عن أصحابِنا، وينبغي أنْ يُنصَبَ عنِ الغائبِ وكيلٌ يُعرَفُ أنَّه يُراعي جانبَ الغائبِ ولا يُفرِّطُ في حَقِّهِ)) اهـ. وأقرَّهُ في "نور العين"[(٤)].

قلتُ: ويُؤيِّدُهُ ما يأتي قريباً[(٥)] في المُسخَّرِ، وكذا ما في "الفتح"[(٦)] مِن بابِ المفقودِ: ((لا يَجُوزُ القضاءُ على الغائبِ إلاّ إذا رأى القاضي مصلحةً في الحُكمِ له وعليه فحكَمَ فإنَّه ينفُذُ؛ لأنَّه مُجتهَدٌ فيه)) اهـ.

قلتُ: وظاهرُهُ ولو كان القاضي حنفيّاً ولو في زمانِنا، ولا يُنافي ما مرَّ[(٧)]؛ لأنَّ تجويزَ هذا للمصلحةِ والضَّرورةِ.

[٢٦٣٩٣] (قولُهُ: وقيل: لا ينفُذُ) أي: بل يتوقَّفُ على إمضاءِ قاضٍ آخَرَ كما في "البحر"[(٨)].

[٢٦٣٩٤] (قولُهُ: ورجَّحَ في "الفتح" إلخ) ليس قولاً ثالثاً، بل هو القولُ الثّاني كما عَلِمتَ،

(قولُهُ: ولو في زمانِنا إلخ) لا يتأتّى هذا في زمانِنا؛ للتَّقييدِ للقُضاةِ بالصَّحيحِ. اهـ. وقد عَلِمتَ أنَّ حُكمَ المذهبِ أنَّه لا يُقضَى على غائبٍ، تأمَّلْ.

---

(١) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ ـ نوع في علمه ١٧٤/٥ نقلاً عن الإمام ظهير الدين (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٤٠٢/٦.

(٣) انظر "مواهب الجليل": باب الأقضية ٤٦/٦ وما بعدها، و"نهاية المحتاج" كتاب القضاء ـ باب القضاء على الغائب ٢٦٨/٨ وما بعدها، و"المغني": كتاب القضاء ـ مسألة في الحكم على الغائب ٦٣١/١٣ وما بعدها.

(٤) "نور العين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدّى إلى غير المقضي عليه إلخ ق١٨/ب.

(٥) المقولة [٢٦٣٩٥] قوله: ((والمعتمَدُ إلخ)).

(٦) "الفتح": كتاب المفقود ٣٦٨/٥ ـ ٣٦٩.

(٧) المقولة [٢٦٣٦١] قوله: ((ولا يُقضَى على غائبٍ)).

(٨) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٧/٧.

وفي "البحر"[١]: ((والمعتمَدُ أنَّ القضاءَ على المُسخَّرِ لا يَجُوزُ إلاّ[٢] لضرورةٍ، وهي في خمسِ مسائلَ: اشتَرَى بالخِيارِ فتوارَى. اختفَى المكفُولُ له. ....

وهذا مبنيٌّ على أنَّ نفسَ القضاءِ مُجتهَدٌ فيه كقضاءِ محدودٍ في قذفٍ بعدَ توبتِهِ، والأوَّلُ مبنيٌّ على أنَّ المجتهَدَ فيه سببُ القضاءِ، وهو أنَّ هذه البيِّنةَ هل تكونُ حُجَّةً للقضاءِ بلا خصمٍ حاضرٍ أم لا؟ فإذا قُضِيَ بها نفَذَ كما لو قُضِيَ بشهادةِ المحدودِ في قذفٍ بعدَ توبتِهِ.

مطلبٌ في القضاء على المُسخَّر

[٢٦٣٩٥] (قولُهُ: والمعتمَدُ إلخ) مُقابِلُهُ قولُ "خُواهَر زاده" بجوازِهِ؛ لأنَّه أفتى بجوازِ القضاءِ على الغائبِ، وهو عَيْنُ القضاءِ على الغائبِ، "بحر"[٣]، وفيه أيضاً[٤]: ((وتفسيرُ المُسخَّرِ: أنْ يَنصِبَ القاضي وكيلاً عنِ الغائبِ ليسمَعَ الخصومةَ عليه)). وشرطُهُ عندَ القائلِ به أنْ يكونَ الغائبُ في وِلايةِ القاضي.

[٢٦٣٩٦] (قولُهُ: وهي في خمسٍ) لم يذكُرِ الرّابعةَ في "البحر"، بل زادَها "الشّارحُ".

[٢٦٣٩٧] (قولُهُ: اشتَرَى بالخِيارِ) أي: وأرادَ الرَّدَّ في المدَّةِ فاختفَى البائعُ، فطلَبَ المشتري مِن القاضي أنْ يَنصِبَ خصماً عنِ البائعِ ليَرُدَّهُ عليه، وهذا أحدُ قولينِ عَزاهما في "جامع الفصولين"[٥] إلى الخانيَّة[٦]، لكنَّه قدَّمَ هذا، وعادةُ "قاضي خان" تقديمُ الأَشهَرِ.

[٢٦٣٩٨] (قولُهُ: اختفَى المكفُولُ له) صورتُهُ: كفَلَ بنفسِهِ على أنَّه إنْ لم يُوافِ به غداً فدَيْنُهُ على الكفيلِ، فغابَ الطّالبُ في الغدِ فلم يَجِدْهُ الكفيلُ، فرفَعَ الأمرَ إلى القاضي، فنصَبَ

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٢٠ بتصرف.

(٢) في "و": ((لا)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٢٠.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٩.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضي عليه إلخ ١/٣٩.

(٦) "الخانية": كتاب البيوع ـ باب الخيار ٢/١٨٣ ـ ١٨٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

حلَفَ لَيُوفِّيَنَّهُ اليومَ فتغيَّبَ الدّائنُ. جعَلَ أمرَها بيدِها إنْ لم تَصِلْ نفَقَتُها فتغيَّبَت. ....

وكيلاً عنِ الطّالبِ وسلَّمَ إليه المكفُولَ عنه يبرَأُ، وهو خلافُ ظاهرِ الرِّوايةِ، إنَّما هو في بعضِ الرِّواياتِ عن "أبي يوسفَ"، قال "أبو اللَّيث"(١): ((لو فعَلَ به قاضٍ عَلِمَ أنَّ الخصمَ تغيَّبَ لذلك فهو حسَنٌ))، "جامع الفصولين"(٢).

قلتُ: ما قالَهُ "أبو اللَّيث" توفيقٌ بينَ الرِّوايتين، لكنْ ما نذكرُهُ مِن التَّصحيحِ في المسألةِ التّاليةِ لهذه ينبغي إجراؤه في روايةِ "أبي يوسفَ"؛ إذ لا فرقَ يظهَرُ بينَ المسألتين، تأمَّلْ.

[٢٦٣٩٩] (قولُهُ: حلَفَ لَيُوفِّيَنَّهُ اليومَ إلخ) بأنْ علَّقَ المديونُ العِتقَ أو الطَّلاقَ [ق٣/٢٢٢/ب] على عَدَمِ قضائِهِ اليومَ، ثمَّ غابَ الطّالبُ، وخافَ الحالفُ الحِنْثَ، فإنَّ القاضيَ يَنصِبُ وكيلاً عنِ الغائبِ ويدفَعُ الدَّينَ إليه، ولا يَحنَثُ الحالفُ، وعليه الفتوى، "بحر"(٣) عن "الخانيَّة"(٤). وفي "حاشية مسكين"(٥) عنِ الشَّيخِ "شرفِ الدِّين الغَزِّيِّ"(٦): ((أنَّه لا حاجةَ إلى نَصْبِ الوكيلِ لقَبْضِ الدَّينِ، فإنَّه إذا دفَعَ(٧) إلى القاضي برَّ في يمينِهِ على المختارِ المفتى به كما في كثيرٍ مِن كتبِ المذهبِ المعتمدَةِ، ولو لم يكنْ ثَمَّةَ قاضٍ حَنِثَ على المفتى به)) اهـ. ٤/٣٣٩

[٢٦٤٠٠] (قولُهُ: فتغيَّبَت) أي: لإيقاعِ الطَّلاقِ عليه، فإنَّه يَنصِبُ مَن يَقبِضُ لها، "ط"(٨).

---

(١) لم نعثر على النقل في مظانه من "خزانة الفقه" و"عيون المسائل" لأبي الليث.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل التاسع عشر في مسائل الإجارات المعهودة بسمرقند بين المقرض والمستقرض ١/١٨٠ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٢٠.

(٤) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده ـ فصل فيما يقضي في المجتهدات إلخ ٢/٤٥٦ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "فتح المعين": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٣٨.

(٦) تقدمت ترجمته ١/٦١٢.

(٧) في "الأصل": ((رفع)).

(٨) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/٢٠١.

الخامسةُ: إذا توارَى الخصمُ، فالمتأخِّرونَ: أنَّ القاضيَ يَنصِبُ وكيلاً في الكلِّ، وهو قولُ "الثّاني"))، "خانيَّة"[1]. **قلتُ**: ونقَلَ "شرّاحُ الوهبانيَّة" عن "شرح أدب القاضي"[2]: ((أنَّه قولُ الكلِّ، وأنَّ القاضيَ يَختِمُ بيتَهُ مدَّةً يَراها، ثمَّ يَنصِبُ الوكيلَ)).

[٢٦٤٠١] (قولُهُ: "خانيَّة") لم أَرَ هذه العبارةَ في "الخانيَّة" في هذا المَحلِّ[3].

مطلبٌ في الخصمِ إذا اختفَى في بيتِهِ

[٢٦٤٠٢] (قولُهُ: الخامسةُ إلخ) ذكَرَ في "شرح أدب القاضي"[4]: ((لو قال رجلٌ للقاضي: لي على فُلانٍ حَقٌّ وقد توارَى عنّي في منزلِهِ، فالقاضي يكتُبُ إلى الوالي في إحضارِهِ، فإنْ لم يظفَرْ به وسألَ الطّالبُ الختمَ على بابِهِ: فإنْ أتَى بشاهدينِ أنَّه في منزلِهِ وقالا: رأيناهُ منذُ ثلاثةِ أيّامٍ أو أقلَّ ختَمَ عليه، لا إنْ زادَ على ثلاثٍ، والصَّحيحُ أنَّه مُفوَّضٌ إلى رأيِ الحاكمِ، فإذا ختَمَ وطلَبَ المُدَّعي أنْ يَنصِبَ له وكيلاً بعثَ القاضي إلى دارِهِ رسولاً مع شاهدينِ يُنادي بحضرَتِهما ثلاثةَ أيّامٍ في كلِّ يومٍ ثلاثَ مرّاتٍ: يا فُلانُ بنَ فُلانٍ إنَّ القاضيَ يقولُ لك: احْضُرْ مع خصمِكَ فُلانٍ مجلسَ الحُكمِ وإلاّ نصَبتُ لك وكيلاً وقَبلتُ بيِّنَتَهُ عليك، فإنْ لم يخرُجْ نصَبَ له وكيلاً، وسَمِعَ شهودَ المُدَّعي، وحكَمَ عليه بمحضَرِ وكيلِهِ)) اهـ مُلخَّصاً.

[٢٦٤٠٣] (قولُهُ: أنَّه قولُ الكلِّ) أي: النَّصْبَ عنِ الخصمِ المتواري، وهو الذي تُعطيهِ عبارةُ "الكمال"[5].

[٢٦٤٠٤] (قولُهُ: وأنَّ القاضيَ إلخ) الذي في "شرح الأدب" هو ما ذكَرناهُ[6] مِن تفويضِ المدَّةِ إلى القاضي

(قولُهُ: الذي في "شرح الأدب" هو ما ذكَرناهُ مِن تفويضِ المدَّةِ إلى القاضي إلخ) والذي في "الخلاصة"

---

(١) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ فصل فيما يستحق على القاضي وما ينبغي له أن يفعل ومالا يفعل ٣٦٦/٢ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثلاثون في العدوى والإعداء ٣٢٦/٢ ـ ٣٣٠ باختصار.

(٣) العزُو إلى "الخانية" في نسخ "الدّر" التي بين أيدينا بعد المسألة الخامسة، وهي في "الخانية" كما سيأتي، والذي يظهر أنَّ العزو إلى "الخانية" في نسخة ابن عابدين رحمه الله بعد المسألة الرابعة، ولذا صرّح بأنَّه لم يرها في هذا المحلِّ، والله أعلم.

(٤) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثلاثون في العدوى والإعداء ٣٢٦/٢ ـ ٣٣٠.

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٤٠٢/٦.

(٦) أي: "شرح أدب القاضي"، انظر المقولة [٢٦٤٠٢] قوله: ((الخامسةُ إلخ)).

(وِلايةُ بَيْعِ التَّرِكةِ المُستغرَقةِ بالدَّينِ للقاضي لا للوَرَثةِ)؛........................

في رؤيةِ الشاهدَينِ للمختفي لا في مدَّةِ الختمِ، والذي في "شرح الوهبانيَّة"[١] مثلُ ما ذكَرناهُ أيضاً.

مطلبٌ في بَيْعِ التَّرِكةِ المُستغرَقةِ بالدَّينِ

[٢٦٤٠٥] (قولُهُ: وِلايةُ بَيْعِ التَّرِكةِ المُستغرَقةِ بالدَّينِ للقاضي لا للوَرَثةِ) هذا مُقيَّدٌ بما إذا لم تتَّفِقِ الوَرَثةُ على أداءِ الدَّينِ كلِّهِ مِن مالِهم؛ لِما في الثّامنِ والعشرينَ مِن "جامع الفصولين"[٢]: ((لو أرادَتِ الوَرَثةُ أداءَ دَيْنِه لتبقَى تَرِكتُهُ لهم، فاتَّفقُوا عليه وتحمَّلُوا قضاءَ دَيْنِهِ وإنفاذَ وصاياهُ مِن مالِهم فلهم ذلك، ولو اختَلَفُوا فللوصيِّ بَيْعُها لدَيْنِهِ ووصاياهُ، ولا يَلتفِتُ إلى قولِهم))، ثمَّ قال[٣]: ((وجازَ لأحدِ الوَرَثةِ استِخلاصُ العَينِ مِن التَّرِكةِ بأداءِ قيمتِهِ إلى الغُرَماءِ لا إلى الوارثِ الآخَرِ)) اهـ. وقولُهُ: ((بأداءِ قيمتِهِ إلخ)) قال "الرَّمليُّ" في "حاشيته" عليه[٤]: ((هذا إذا لم يكنِ الدَّينُ زائداً لأنَّه ذكَرَ قبلَه أن الدَّينَ لو كان زائداً على التَّرِكةِ فلهمُ استِخلاصُها بأداءِ دَيْنِهِ كلِّهِ لا بقَدْرِ تَرِكتِهِ))، كقِنٍّ جنَى يَفديهِ مولاهُ بأَرْشِهِ[٥].

[٢٦٤٠٦] (قولُهُ: لا للوَرَثةِ) أي: إلاّ برضا الغُرَماءِ، حتّى لو باعَ الوارثُ ـ أي: بدونِ رضا الغُرَماءِ ـ لا ينفُذُ، وكذلك المولَى إذا حجَرَ على العبدِ المأذونِ وعليه دَيْنٌ مُحيطٌ ليس

مِن الجنسِ الثّالثِ في التَّقليدِ: ((القاضي إذا جعَلَ نائباً عنِ الغائبِ حتّى يسمَعَ عليه الخصومةَ ـ ويُسمَّى هذا المُسخَّرَ ـ والغائبُ ليس في وِلايةِ هذا القاضي لا تَصِحُّ هذه الإنابةُ، وليس لهذا طريقٌ عندَ عُلَمائنا رحِمَهمُ اللهُ تعالى، وعندَ أهلِ البصرةِ إذا كان الخصمُ مُختفياً فالقاضي يَختِمُ على بابِ دارِهِ أيّاماً، وبعدَ ذلك يَجعَلُ نائباً عنه)) اهـ، تأمَّلْ.

---

(١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ١/٣٠٠.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢/٢٤ بتصرف، وفيه: ((فأنفقوا)) بدل ((فاتفقوا)).

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢/٢٤ بتصرف.

(٤) "اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢/٢٤ بتصرف (هامش "جامع الفصولين").

(٥) قوله: ((كقِنٍّ جنَى يَفديهِ مولاهُ بأَرْشِهِ)) من عبارة "جامع الفصولين"، نقلاً عن "فتاوى رشيد الدين".

....

للمولَى أنْ يبيعَ العبدَ وما في يدِهِ، وإنَّما يبيعُهُ القاضي، كذا هذا، "منح"[١] عن "العماديَّة".
ثمَّ ذكرَ[٢] عن "القنية"[٣] قولين: ثانيهما: ((أنَّ القاضيَ إنَّما يبيعُ التَّركةَ المُستغرَقةَ لقضاءِ الدَّينِ إذا امتنَعَ الوَرَثةُ عن بَيْعِها))، ولم يَحْكِ ترجيحاً، لكنَّ اقتصارَهُ في "المتن" على القولِ الأوَّلِ تَبعاً لـ"الدُّرر"[٤] يُفيدُ ترجيحَهُ، وحكَى القولين في "التَّتارخانيَّة" و"البزّازيَّة"[٥] أيضاً، ورأيتُ بخَطِّ شيخِ مشايخنا "منلا علي التُّرْكُماني" ما نصُّهُ: ((أقولُ: فلذا القُضاةُ الآنَ يأذنونَ لبعضِ وَرَثةِ الميْتِ المُستغرَقةِ تَرِكَتُهُ بالدَّينِ ببَيْعِها لوفاءِ دَيْنِهِ توفيقاً بينَ القولينِ وعملاً بهما)).

(تنبيهٌ)

لم يذكُرْ بَيْعَ الوصيِّ، وفي "جامع الفصولين"[٦]: ((يَصِحُّ بَيْعُ الوصيِّ تَرِكةً مُستغرَقةً لو بقيمتِها، وليس للغُرَماءِ إبطالُهُ)).

(قولُهُ: ثمَّ ذكرَ عن "القنية" قولينِ إلخ) عبارتُها: ((قالتِ الوَرَثةُ في التَّركةِ المُستغرَقةِ: لا نتعرَّضُ لها ولا نبيعُها، ولا نقضي الدَّينَ مِن مالِنا، قيل: يبيعُها القاضي أو وصيُّهُ عنِ الميْتِ، وقيل: يُجبَرونَ على البَيعِ إذا طلَبَ الغُرَماءُ، فإذا امتنَعُوا يبيعُها القاضي ويقضي الدَّينَ. "شط"[٧]: الدينُ المستغرقُ يَمنَعُ المِلكَ للوارثِ، حتّى لا يَملِكُ بَيْعَها ولا هِبتَها، ولو وهَبَ ثمَّ سقَطَ الدَّينُ لا ينفذُ، ولو أَعتَقَ ثمَّ سقَطَ نفَذَ)) اهـ. فأنت ترَى أنَّ الأقوالَ ثلاثةٌ.

(قولُهُ: توفيقاً بينَ القولينِ وعملاً بهما) فيه: أنَّه لا يظهَرُ العملُ بالقولينِ إلاّ إذا كانَ الإذنُ لكلِّ الوَرَثةِ؛ إذ على القولِ الثّاني الوِلايةُ لهم جميعاً لا لبعضِهم.

(قولُهُ: لم يذكُرْ بَيْعَ الوصيِّ) وفي "البزّازيَّة" مِن الفصلِ التّاسعِ في إثباتِ الوصايةِ مِن القضاءِ: ((الوصيُّ أَولى بالتَّصرُّفِ في التَّركةِ مِن الجَدِّ، فإنْ لم يكنْ له وصيٌّ يَملِكُ الجَدُّ التَّصرُّفَ في التَّركةِ إنْ كانتِ التَّركةُ خاليةً

---

(١) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٩/ب.
(٢) أي: صاحب "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٩/ب.
(٣) "القنية": كتاب بالوصايا ـ باب ثبوت الملك للوارث في التركة وتصرفه فيها ق١٧٣/أ، نقلاً عن "الذخيرة".
(٤) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٢/٤١٠.
(٥) "البزازية": كتاب الوصايا ـ الفصل الثامن في دفع الظلم ـ نوع في تصرف المريض ٦/٤٥٣ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٦) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢/٢٤.
(٧) هو رمز في "القنية" لـ"شرح الطحاوي".

لعَدَمِ مِلكِهم حيثُ كان الدَّينُ لغيرِهم. ....

[٢٦٤٠٧] (قولُهُ: لعَدَمِ مِلكِهم) قال في "جامع الفصولين"[1]: ((ولو استغرَقَها دَيْنٌ لا يَملِكُها بإرثٍ إلاّ إذا أبرَأَ الميْتَ غريمُهُ أو أدّاهُ وارثُهُ بشرطِ التّبرُّعِ وقتَ الأداء، أمّا لو أدّاهُ مِن مالِ نفسِهِ مُطلقاً بلا شرطِ تبرُّعٍ أو رجوعٍ يَجبُ له دَيْنٌ على الميْتِ، فتصيرُ التَّركةُ مشغولةً بدَيْنِهِ فلا يَملِكُها، حتّى لو ترَكَ ابناً وقِنّاً ودَيْنُهُ مُستَغْرِقٌ فأدّاهُ وارثُهُ، ثمَّ أَذِنَ للقِنِّ في التّجارةِ أو كاتَبَهُ لم [٣/ق٢٢٣/أ] يَصِحَّ؛ إذ لم يَملِكْهُ)) اهـ. وتمامُ الكلامِ على ذلك في "المنح"[2].

مطلبٌ: دفعَ الوَرَثةُ كَرْماً مِن التَّرِكةِ إلى أحدِهم ليقضيَ دَيْنَ مُورِّثِهم فقضاهُ يَصِحُّ

(تنبيهٌ)

قَيَّدَ بالتَّركةِ المُستغرَقةِ لأنَّ غيرَها مِلكٌ للوَرَثةِ، وفي "جامع الفصولين"[3]: ((عليه دَيْنٌ غيرُ مُستغرِقٍ فللحاضرِ مِن وَرَثتِهِ بَيْعُ حصَّتِهِ لحصَّتِهِ مِن الدَّينِ، لا بَيْعُ حصَّةِ غيرِهِ للدَّينِ؛ لأنَّها مِلكُ الوارثِ الآخَرِ؛ إذِ الدَّينُ لم يَستغرِقْ، فلو دفعَتِ الوَرَثةُ إلى أحدِهم كَرْماً مِن التَّركةِ ليقضيَ دَيْنَ مُورِّثِهم وهو غيرُ مُستغرِقٍ فقضاهُ صحَّ؛ لأنَّه بَيْعٌ مِنهم لحصَّتِهم مِنه بقَدْرِ الدَّينِ؛ لأنَّهم لو دفَعوهُ إلى أجنبيٍّ لأداءِ الدَّينِ يكونُ بَيْعاً، كذا هذا)).

[٢٦٤٠٨] (قولُهُ: حيثُ كان الدَّينُ لغيرِهم) قال في "جامع الفصولين"[4]: ((استغراقُ التَّركةِ بدَيْنِ الوارثِ لا يَمنَعُ إرثَهُ إذا كان هو وارثَهُ لا غيرَ)) اهـ.

مِن الدَّينِ، وإنْ كانت مُستغرَقةً بالدَّينِ لا يَملِكُ الجَدُّ بَيْعَ التَّركةِ، ويَملِكُ الوصيُّ ذلك، فإنْ لم يكنْ له وصيٌّ نصَبَ له القاضي وصيّاً)) اهـ.

---

(١) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٣/٢ بتصرف.

(٢) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٥٩/ب وما بعدها.

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٤/٢.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٣/٢.

(يُقرِضُ القاضي مالَ الوقفِ...

ومُفادُهُ: أنَّه لو كان الدَّينُ لبعضِ الوَرَثةِ فهو كدَيْنِ الأجنبيِّ بالنِّسبةِ إلى باقي الوَرَثةِ.

(تنبيهٌ)

ذكَرَ "الخيرُ الرَّمليُّ" في "حاشية الفصولين"[١]: ((أنَّ قولَهُ هنا: ((لا يَمنَعُ إرثَهُ)) لا يُنافي ما مرَّ آنفاً[٢] مِن أنَّ الوراثَ لو أدَّى دَيْنَ الغريمِ بلا شرطِ تبرُّعٍ لا يَملِكُها؛ لأنَّه يثبُتُ له الرُّجوعُ بأداءِ الدَّينِ بعدَ أنْ لم يكنْ له مِلكٌ، فلا يَملِكُ القِنَّ إلاّ بتمليكِ القاضي، بخلافِ الاستغراقِ بدَيْنِهِ ابتداءً؛ إذ لا مانعَ يَمنَعُهُ مِن المِلكِ)) اهـ.

مطلبٌ: للقاضي إقراضُ مالِ اليتيمِ ونحوِهِ

[٢٦٤٠٩] (قولُهُ: يُقرِضُ القاضي إلخ) أي: يُستحَبُّ له ذلك؛ لأنَّه لكثرةِ أشغالِهِ[٣] لا يمكنُهُ أنْ يُباشِرَ الحفظَ بنفسِهِ، والدَّفعُ بالقرضِ أنظَرُ لليتيمِ؛ لكونِهِ مضموناً، والوديعةُ أمانةٌ. وينبغي له أنْ يتفقَّدَ أحوالَ المُستقرِضينَ، حتّى لو اختَلَّ أحدُهم أخَذَ مِنه المالَ، وتمامُهُ في "البحر"[٤]. وليس للقاضي أنْ يستقرِضَ ذلك لنفسِهِ، "ط"[٥] عن "الهنديَّة"[٦]. ٤/٣٤٠

[٢٦٤١٠] (قولُهُ: مالَ الوقفِ) ذكَرَهُ في "البحر"[٧] عن "جامع الفصولين"[٨]، لكنْ فيه[٩]

---

(١) "اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٣/٢ بتصرف (هامش "جامع الفصولين").

(٢) ونقله ابن عابدين رحمه الله في المقولة السابقة.

(٣) في "آ": ((اشتغاله))، ومثله في مطبوعة ومخطوطة "البحر" اللتين بين أيدينا.

(٤) انظر "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٣/٧.

(٥) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢٠١/٣ بتصرف.

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب الخامس عشر في أقوال القاضي وما ينبغي للقاضي أن يفعل وما لا يفعل ٣٤٤/٣.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٤/٧.

(٨) "جامع الفصولين": الفصل السابع والعشرون في تصرفات الأب والوصي والقاضي والمتولي إلخ ١٣/٢.

(٩) "البحر": كتاب الوقف ٢٥٩/٥.

والغائبِ) واللُّقَطَةِ (واليتيم) مِن مَليءٍ مؤتَمَنٍ..........

أيضاً عن "العُدَّة"[(١)]: ((يسَعُ للمتولِّي إقراضُ ما فضَلَ مِن غَلَّةِ الوقفِ لو أُحرزَ)) اهـ. ومقتضاهُ: أنَّه لا يختصُّ بالقاضي، مع أنَّه صرَّحَ في "البحر"[(٢)] عن "الخزانة": ((أنَّ المتولِّيَ يضمَنُ إلاّ أنْ يُقالَ: إنَّه حيثُ لم يكنِ الإقراضُ أَحْرَزَ)).

[٢٦٤١١] (قولُهُ: والغائبِ) زادَ في "البحر"[(١)]: ((ولـه بَيْعُ منقولِهِ إذا خافَ التَّلَفَ إذا لم يعلَمْ بمكانِ الغائبِ، أمّا إذا عَلِمَ فلا؛ لأنَّه يمكنُهُ بعثُهُ إليه إذا خافَ التَّلَفَ)) اهـ. وانظُرْ هل يُقيَّدُ إقراضُهُ مالَهُ بما إذا لم يُعلَمْ مكانُهُ؟

[٢٦٤١٢] (قولُهُ: واللُّقَطَةِ) الظّاهرُ قراءتُهُ بالنَّصبِ عطفاً على ((مالَ))، ويَجُوزُ جرُّهُ عطفاً على المضافِ إليه، وهو أَولى؛ لئلاّ يقَعَ منصوباً بينَ مجرورينِ، لكنَّ الإضافةَ فيه بيانيَّةٌ، وفيما قبلَهُ وما بعدَهُ لاميَّةٌ، تأمَّلْ.

ثمَّ الظّاهرُ أنَّ المرادَ بإقراضِ القاضي اللُّقَطَةَ هنا ما إذا دفَعَها المُلتقِطُ إليه، وإلاّ فالتَّصرُّفُ فيها مِن تصدُّقٍ أو إمساكٍ للمُلتقِطِ، تأمَّلْ.

[٢٦٤١٣] (قولُهُ: مِن مَليءٍ) بالهمزِ، في "المصباح"[(٣)]: ((رجلٌ مَلِيءٌ على فَعِيلٍ: غنيٌّ مُقتدِرٌ، ويَجُوزُ الإبدالُ والإدغامُ)) اهـ. أي: إبدالُ الهمزةِ ياءً وإدغامُها في الياءِ.

(قولُهُ: إلاّ أنْ يُقالَ: إنَّه حيثُ لم يكنِ الإقراضُ أَحْرَزَ) الظّاهرُ: أنَّ إقراضَ المتولِّي فيه روايتانِ كالوصيِّ والأبِ، وإلاّ فالإحرازُ أمرٌ لازمٌ لا بدَّ مِنه حتّى بالنِّسبةِ للقاضي.

(قولُهُ: ثمَّ الظّاهرُ: أنَّ المرادَ بإقراضِ القاضي اللُّقَطَةَ هنا ما إذا دفَعَها المُلتقِطُ إليه إلخ) الظّاهرُ: أنَّ للقاضي إقراضَها قبلَ تجويزِ التَّصدُّقِ للمُلتقِطِ، فإنَّه لا يَملِكُهُ، فيملِكُهُ القاضي نظيرَ ما يأتي، فيكونُ له وِلايةُ إقراضِها ولو بدونِ دَفْعِها له.

---

(١) ينقل ابن نجيم في "البحر" عن "عدة المفتي" للصدر الشهيد (ت٥٣٦هـ)، ويسميها غالباً "عمدة الفتاوى". انظر "كشف الظنون" ١١٦٩/٢، و"هدية العارفين" ٧٨٣/١، وانظر "البحر" ٢٤٥/١، ٣٤٩، ٦٣/٢، ١٠٧.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٤/٧.

(٣) "المصباح": مادة ((ملأ)).

حيثُ لا وصيَّ، ولا مَن يقبَلُهُ مُضاربةً،..............................

[٢٦٤١٤] (قولُهُ: حيثُ لا وصيَّ) هـذا الشَّـرطُ زادَهُ في "البحر"[١] بحثاً بقولِـهِ: ((وينبغـي أنْ يُشترَطَ لجوازِ إقراضِ القاضي عَدَمُ وصيٍّ لليتيمِ، فإنْ كان له وصيٌّ ولو منصوبَ القاضي لم يَجُـزْ؛ لأنَّه مِن التَّصرُّفِ في مالِهِ، وهو ممنوعٌ مِنه مع وجودِ وصيِّهِ كمـا في بيـوعِ "القنيـة"[٢])) اهـ. وردَّهُ مُحشِّيه "الرَّمليُّ": ((بأنَّ إطلاقَ المتونِ على خلافِهِ، وبأنَّـه إذا لـم يَجُـزْ مِنه والوصيُّ ممنوعٌ مِـن الإقراضِ امتنَعَ النَّظرُ لليتيم، ولا قـائلَ بـه، تـأمَّلْ)) اهـ. لكنَّـه أفتـى في وصايـا "الخيريَّـة"[٣]: ((بـأنَّ للوصيِّ إقراضَ مالِ اليتيمِ بأمرِ القاضي))، أَخْذاً مِمّا في وقف "البحر"[٤] عن "القنيـة"[٥]: ((مِن أنَّ للمتولِّي إقراضَ مالِ المسجدِ بأمرِ القاضي)). قال[٦]: ((والوصيُّ مثلُ القيِّمِ؛ لقولِهم: الوصيَّةُ والوقفُ أخَوانِ)). فلم يَمتنِعِ النَّظـرُ لليتيـمِ بهـذه الجهـةِ. نَعَـمْ يَـرِدُ على "البحـر" أنَّ الوصـيَّ إذا كـان لا يَملِكُ الإقراضَ بدونِ إذنِ القاضي عَلِمَ أنَّ ذلك لم يدخُلْ تحتَ [٣/ق٢٢٣/ب] وصايتِهِ، بل بَقِيَ للقاضي، فلم يكنْ ممنوعاً مِنه مع وجودِ الوصيِّ كما لو نصَبَ وصيّاً على يتيمةٍ ليس لها وليٌّ، فللقاضي أنْ يزوِّجَها بنفسِهِ، أو يأذَنَ للوصـيِّ بتزويجِهـا، وليـس للوصـيِّ ذلـك بـدونِ إذنٍ؛ إذ لا يدخُلُ تحتَ وصايتِهِ، بخلافِ بَيْعِ مالِ اليتيمِ ونحوِهِ، فليس للقاضي فِعلُهُ مـع وجـودِ الوصـيِّ، فلذا لم يُذكَرْ هذا القيدُ في المتونِ، فافهمْ.

[٢٦٤١٥] (قولُهُ: ولا مَن يقبَلُهُ مُضاربةً إلخ) في "البحر"[٧] عن "جامع الفصولين"[٨]: ((إنَّما

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٢٣.

(٢) "القنية": كتاب البيوع ـ باب في بيع الأب والأم والجد والوصي إلخ ق١١٠/أ.

(٣) "الفتاوى الخيرية": كتاب الوصايا ٢/٢٢٠.

(٤) "البحر": كتاب الوقف ٥/٢٥٩.

(٥) "القنية": كتاب الوقف ـ باب في تصرفات القيم في الأوقاف إلخ ق٩١/ب، نقلاً عن علاء الدين الخياطي وكمال بياعي.

(٦) أي: الرملي في "الفتاوى الخيرية": كتاب الوصايا ٢/٢٢٠.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٢٤.

(٨) "جامع الفصولين": الفصل السابع والعشرون في تصرفات الأب والوصي والقاضي والمتولي إلخ ٢/١٤.

ولا مُسْتَغَلاًّ يشتريهِ، وله أَخْذُ المالِ مِن أبٍ مُبذِّرٍ ووَضْعُهُ عندَ عَدْلٍ، "قنية"[١]. (ويكتُبُ الصَّكَّ) نَدْباً ليحفَظَهُ. (لا) يُقرِضُ[٢] (الأبُ) ولو قاضياً؛ لأنَّه لا يقضي لولَدِهِ،.........

يَملِكُ القاضي إقراضَهُ إذا لـم يَجِـدْ مـا يشـتريهِ لـه يكـونُ غَلَّـةً لليتيـمِ، لا لـو وجَـدَهُ أو وجَـدَ مَـن يُضاربُ؛ لأنَّه أَنفَعُ)) اهـ. أي: أَنفَعُ مِن الإقراضِ، وما قيـل: إنَّ مـالَ المضاربـةِ أمانـةٌ غيرُ مضمـونٍ فيكونُ الإقراضُ أَولى، فهو مدفوعٌ بأنَّ المضاربةَ فيها ربحٌ، بخلافِ القَرْضِ.

[٢٦٤١٦] (قولُهُ: ولا[٣] مُسْتَغَلاًّ يشتريهِ) أي: ما يكونُ فيه لليتيمِ غَلَّةٌ كما عَلِمتَ، وهـو منصوبٌ بالعطفِ على مَحلِّ اسمِ ((لا)) الأُولى، وإلاّ كان حَقُّهُ الرَّفعَ أوِ البناءَ على الفتحِ كما لا يخفَى.

[٢٦٤١٧] (قولُهُ: ليحفَظَهُ) أي: بالاستذكارِ للمالِ وأسماءِ الشُّهودِ ونحوِ ذلك.

[٢٦٤١٨] (قولُهُ: لا يُقرِضُ الأبُ) أي: في أصحِّ الرِّوايتين، "فتح"[٤]. قال في "البحـر"[٥]: ((وفي "خزانة الفتاوى": الصَّحيحُ أنَّ الأبَ كالقاضي، فقدِ اختَلَفَ التَّصحيحُ، والمعتمَدُ ما في المتون، وشَمِلَ ما إذا أخَذَ مالَ ولَدِهِ الصَّغيرِ قَرْضاً لنفسِهِ، وهو مرويٌّ عنِ "الإمامِ"، وقيل: له ذلك، ولم أَرَ حُكْـمَ الجَدِّ في جوازِ إقراضِهِ على روايةِ جوازِهِ لـلأبِ، والظَّاهرُ: أنَّـه كـالأبِ؛ لقولِهـم: الجَـدُّ أبـو الأبِ كالأبِ إلاّ في مسائلَ، واختَلَفُوا في إعارةِ الأبِ مالَ ولَدِهِ الصَّغيرِ، وفي الصَّحيحِ: لا)) اهـ.

[٢٦٤١٩] (قولُـهُ: لأنَّـه لا يقضـي لولَـدِهِ) لأنَّـه ربَّمـا يُنكِـرُ المُستقرِضُ، فيحتـاجُ للبيِّنـةِ والقضاءِ بها، "ط"[٦].

(قولُهُ: لأنَّه ربَّما يُنكِرُ المُستقرِضُ إلخ) بل فِعلُهُ قضاءٌ، فيكونُ حاكماً لولَدِهِ بنفسِ الإقراضِ.

---

(١) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب ولاية القاضي وتصرفاته على الغير ق١٢٩/أ ـ ب، نقلاً عن "تتمة الصغرى".

(٢) في "ط": ((يقرض)) بالباء، وهو خطأ.

(٣) في "م": ((ولو))، وهو خطأ.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ـ فصل آخر ٤٠٥/٦.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٣/٧ ـ ٢٤ باختصار.

(٦) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢٠١/٣ بتصرف.

(و) لا (الوصيُّ)، ولا المُلتقِطُ، فإنْ أقرَضُوا ضَمِنُوا؛ لعَجْزِهم عنِ التَّحصيلِ، بخلافِ القاضي، ويُستثنَى إقراضُهم للضَّرورةِ كـ: حَرَقٍ، ونَهْبٍ، فيَجُوزُ اتِّفاقاً، "بحر"[(١)]، ومتى جازَ للمُلتقِطِ التَّصدُّقُ فالإقراضُ أَولى. ....

[٢٦٤٢٠] (قولُهُ: ولا الوصيُّ) فلو فعَلَ لا يُعَدُّ خيانةً، فلا يُعزَلُ به، وكذا ليس له أنْ يستقرِضَ لنفسِهِ على الأصحِّ، فلو فعَلَ ثمَّ أنفقَ على اليتيمِ مدَّةً يكونُ مُتبرِّعاً؛ إذ[(٢)] صار ضامناً، فلا يتخلَّصُ ما لم يرفَعِ الأمرَ إلى الحاكمِ، ويَملِكُ الإيداعَ والبَيعَ نسيئةً، وتمامُهُ في "البحر"[(٣)]، وفيه[(٣)] عن "الخزانة": ((إذا آجرَ الوصيُّ، أوِ الأبُ، أوِ الجَدُّ، أوِ القاضي الصَّغيرَ في عملٍ مِن الأعمالِ فالصَّحيحُ جوازُها وإنْ كانت بأقلَّ مِن أُجرةِ المثلِ)) اهـ. أي: لأنَّ للوصيِّ والأبِ والجَدِّ استعمالَهُ بلا عِوَضٍ بطريقِ التَّهذيبِ والرِّياضةِ، فبالعِوَضِ أَولى كما في السَّابعِ والعشرينَ مِن "جامع الفصولين"[(٤)]، وتمامُ أبحاثِ هذه المسائلِ فيه.

[٢٦٤٢١] (قولُهُ: ومتى جازَ إلخ) تقييدٌ لقولِهِ: ((ولا المُلتقِطُ)) بما إذا كان قبلَ جوازِ التَّصدُّقِ

(قولُ "الشّارحِ": بخلافِ القاضي) أي: فإنَّه قادرٌ عليه، حتّى لو لم يَجِدِ الشُّهودَ لموتٍ، أو غَيْبةٍ قضَى بعِلمِهِ، واستخرَجَ "عبدُ الحليم" عن "الفتح": ((لكنْ على هذا لا يظهَرُ الفرقُ بينَ القاضي وغيرِهِ في الإقراضِ إلاّ على القولِ بأنَّ للقاضي أنْ يقضيَ بعِلمِهِ، وعلى مُقابِلِهِ لا يظهَرُ الفرقُ بينَهما، فلا يَملِكانِهِ؛ لعَجْزِهما عنِ التَّحصيلِ، تأمَّلْ))، ثمَّ رأيتُ في آخرِ القضاءِ مِن "المبسوط" ما نصُّهُ: ((وإذا دفَعَ القاضي مالَ يتيمٍ إلى تاجرٍ فجحَدَهُ التّاجرُ فالقاضي مُصدَّقٌ في ذلك على التّاجرِ يقضي عليه بالمالِ؛ لأنَّه قاضٍ فيما يفعلُهُ في مالِ اليتيمِ، وفيما يُخبِرُ به مِن القضاءِ هو مُصدَّقٌ؛ لأنَّه يُخبِرُ بما يَملِكُ الإنشاءَ)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٤/٧ بتصرف.

(٢) في "م": ((إذا))، ومثله في مطبوعة "البحر".

(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٤/٧.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل السابع والعشرون في تصرفات الأب والوصي والقاضي والمتولي إلخ ١٢/٢.

(ولو قضَى بالجَوْرِ فالغُرمُ عليه في مالِـهِ إنْ مُتعمِّـداً وأقـرَّ بـه) أي: بـالعَمْدِ، (ولـو خطأً فـ)ـ الغُرمُ (على المَقضِيِّ له)، "درر"[1]. ....

بها، وهذا ذكَرَهُ "الزَّيلعيُّ"[2] في مسائلَ شتّى آخِرَ الكتابِ بقولِهِ: ((إلاّ أنَّ المُلتقِطَ إذا نشَدَ[3] اللُّقَطَةَ ومضَى مدَّةُ النَّشَداتِ ينبغي أنْ يَجُوزَ له الإقراضُ مِن فقيرٍ؛ لأنَّه لو تصـدَّقَ بهـا عليـه في هذه الحالةِ جازَ، فالقَرْضُ أَولى)) اهـ. فافهمْ.

مطلبٌ فيما لو قضَى القاضي بالجَوْرِ[4]

[٢٦٤٢٢] (قولُهُ: ولو قضَى بالجَوْرِ[4] إلخ) القضاءُ بخلافِ الحَقِّ إمّا عن خطأٍ، أو عَمْـدٍ، وكلٌّ على وجهين: إمّا في حَقِّهِ تعالى، أو حَقِّ العبدِ، فالخطأُ في حَـقِّ العبـدِ: إمّـا أنْ يمكـنَ فيه التَّداركُ والرَّدُّ أوْ لا، فإنْ أمكنَ بأنْ قضَى بمالٍ، أو صدقةٍ، أو طـلاقٍ، أو إعتـاقٍ، ثـمَّ ظهَـرَ أنَّ الشُّهودَ عبيدٌ، أو كُفّارٌ، أو محدودونَ في قذفٍ يبطُـلُ القضـاءُ، ويُـرَدُّ العبـدُ رقيقـاً، والمـرأةُ إلى زوجِها، والمالُ إلى مَن أُخِذَ مِنـه، وإنْ لـم يمكـنِ الـرَّدُّ بـأنْ قضَـى بالقِصـاصِ واقتَـصَّ لا يُقتَـلُ المَقضِيُّ له، وتصير[5] صورةُ القضاءِ شُبهةً مانعةً، بل تَجِبُ الدِّيَةُ في مالِ المَقضِـيِّ لـه، وهـذا كلُّهُ إذا ظهَرَ خطأُ القاضي بالبيِّنةِ، أو بإقرارِ المَقضِيِّ له، فلـو بـإقرارِ القـاضي لا يظهَـرُ في حَـقِّ المَقضِيِّ له، حتّى لا يبطُلُ القضاءُ في حَقِّهِ، وأمّا الخطأُ في حَقِّهِ تعـالى بـأنْ قضَـى بحدِّ زنًـى، أو سرقةٍ، أو شُرْبٍ، واستوفَى الحَدَّ، ثمَّ ظهَرَ أنَّ [٣/ق٢٢٤/أ] الشُّهودَ كما مرَّ[6] فالضَّمـانُ في بيـتِ المالِ، وإنْ كان القضاءُ بالجَوْرِ عن عَمْدٍ وأقرَّ به فالضَّمانُ في مالِهِ في الوجوهِ كلِّها بالجنايةِ

٣٤١/٤

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤١١/٢، معزياً لـ"التتارخانية" و"الواقعات".

(٢) "تبيين الحقائق": مسائل شتى ٢٢٦/٦.

(٣) في "آ": ((أنشد))، ومثله في مطبوعة "تبيين الحقائق".

(٤) في "الأصل": ((بالجواز))، وهو تحريف.

(٥) في "الأصل" و"ب" و"م": ((ويصير)) بالمثناة التحتية، وما أثبتناه من "آ" هو الموافق لعبارة "الهندية".

(٦) أي: في هذه المقولة من كون ظهور الشهود عبيداً، أو كفّاراً، أو محدودين في القذف كما صرح بذلك "ط" ٢٠٢/٣.

....

والإتلافِ، ويُعزَّرُ القاضي ويُعزَلُ عنِ القضاءِ، "ط"[١] عن "الهنديَّة"[٢] مُلخَّصاً.

مطلبٌ: إذا قاسَ القاضي وأخطأَ فالخصومةُ للمدَّعَى عليه مع القاضي والمُدَّعي يومَ القيامة

(تنبيهٌ)

القاضي إذا قاسَ مسألةً على مسألةٍ وحكَمَ، ثمَّ ظهَرَ روايةٌ بخلافِهِ فالخصومةُ للمدَّعَى عليه يومَ القيامة مع القاضي والمُدَّعي، أمّا مع المُدَّعي فلأنَّه أثِمَ بأَخْذِ المالِ، وأمّا مع القاضي فلأنَّه أَثِمَ بالاجتهادِ؛ لأنَّ أحداً ليس مِن أهلِ الاجتهادِ في زمانِنا، وبعضُ أذكياءِ خُوارِزمَ قاسَ المفتيَ على القاضي، فأوردتُ أنَّ القاضيَ صاحبُ مُباشرةٍ للحُكمِ، فكيف يؤاخَذُ السَّببُ مع المُباشِرِ؟! فانقطَعَ، وكان له أنْ يقولَ: إنَّ القاضيَ في زمانِنا مُلجَأٌ إلى الحُكمِ بعدَ الفتوى؛ لأنَّه لو ترَكَ يُلامُ؛ لأنَّه غيرُ عالمٍ حتّى يقضيَ بعِلمِهِ، "بزّازيَّة"[٣] قبيلَ الشَّهاداتِ.

قلتُ: وفيه نظرٌ، فإنَّ هذا لا يُسمَّى إلجاءً حقيقةً، وإلاّ لَزِمَ أنْ تَنقطِعَ النِّسبةُ عنِ المُباشِرِ إلى المُتسبِّبِ كما لو أكرَهَ رجلٌ آخرَ بإتلافِ عُضْوٍ على أَخْذِ مالِ إنسانٍ، فإنَّ الضَّمانَ على المُكرِهِ ـ بالكسر ـ؛ لصيرورةِ المُكرَهِ ـ بالفتح ـ كالآلةِ، ولا شكَّ أنَّ ما هنا ليس كذلك، فلم تَنقطِعِ النِّسبةُ عنِ المُباشِرِ ـ وهو القاضي ـ وإنْ أَثِمَ المُتسبِّبُ ـ وهو المفتي ـ، ولا يُقاسُ هذا على مسألةِ تضمينِ السّاعي إلى ظالمٍ مع أنَّ السّاعيَ مُتسبِّبٌ لا مُباشِرٌ، فإنَّ تلك مسألةٌ استحسانيَّةٌ خارجةٌ عنِ القياسِ زَجْراً عنِ السِّعايةِ، لكنْ قد يُقالُ: إنَّ هذا حُكمُ الضَّمانِ في الدُّنيا والكلامُ في الخصومةِ

(قولُهُ: وبعضُ أذكياءِ خُوارِزمَ قاسَ المفتيَ إلخ) انظُرْ رسالةَ "أدب المفتي الهنديَّة" في هذه المسألةِ.

---

(١) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/٢٠٢.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب الرابع عشر في القاضيِ يقضي بقضية ثمَّ بدا له أن يرجع عنها، وفي وقوع القضاء بغير حق ٣/٣٤١، معزياً لـ"المحيط".

(٣) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل العاشر في الحبس ـ نوع في ولاية القاضي ٥/٢٣٦ ـ ٢٣٧.

وفي "المنح"[1] معزياً لـ"السِّراج": ((قال "محمَّد": لو قال: تعمَّدتُ الجَوْرَ انعزَلَ عنِ القضاءِ))، وفيه عن "أبي يوسفَ": ((إذا غلَبَ جَورُهُ ورِشوتُهُ رُدَّتْ قضاياهُ وشهادتُهُ)).

(فروعٌ)

القضاءُ مُظهِرٌ لا مُثبِتٌ، ويتخصَّصُ بزمانٍ، ومكانٍ، وخصومةٍ،..................

في الآخرةِ، ولا شكَّ في أنَّ كلاًّ مِن المُباشِرِ والمُتسبِّبِ ظالمٌ آثِمٌ، وللمظلومِ الخصومةُ معهما وإنِ اختَلَفَ ظُلمُهما، فإنَّ المُباشِرَ ظُلمُهُ أشدُّ، كمَن أمسَكَ رجلاً حتّى قتَلَهُ آخرُ.

[٢٦٤٢٣] (قولُهُ: انعزَلَ عنِ القضاءِ) الظّاهرُ: أنَّ هذا وما بعدَهُ مبنيّانِ على روايةِ انعزالِهِ بالفِسقِ، وتقدَّمَ أنَّ المذهبَ أنّه لا يَنعزِلُ، بل يَستحِقُّ العَزْلَ.

[٢٦٤٢٤] (قولُهُ: وفيه) لم يذكُرْ ذلك في "المنح"، فيعودُ الضَّميرُ إلى "السِّراج".

[٢٦٤٢٥] (قولُهُ: وشهادتُهُ) أي: إذا أرادَ أنْ يشهَدَ شهادةً عندَ القاضي المُولَّى لا يقبَلُها؛ لِفسقِهِ بغَلَبةِ الجَوْرِ والرِّشوةِ، فافهمْ.

[مطلب: القضاءُ مُظهِرٌ لا مُثبِتٌ]

[٢٦٤٢٦] (قولُهُ: القضاءُ مُظهِرٌ لا مُثبِتٌ) لأنَّ الحَقَّ المحكومَ به كان ثابتاً، والقضاءُ أظهَرَهُ، والمرادُ ما كان ثابتاً ولو تقديراً كالقضاءِ بشهادةِ الزُّورِ كما مرَّ[2] بيانُهُ في تعريفِ القضاءِ عنِ "ابنِ الغَرْس":

مطلبٌ: القضاءُ يقبَلُ التَّقييدَ والتَّعليقَ

[٢٦٤٢٧] (قولُهُ: ويتخصَّصُ بزمانٍ، ومكانٍ، وخصومةٍ) عزاهُ في "الأشباه"[3] إلى "الخلاصة"[4]،

---

(١) "المنح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢/ق٦٠/أ بتصرف.

(٢) المقولة [٢٥٩٢٢] قوله: ((وقيل غيرُ ذلك)).

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٧٢ـ.

(٤) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الأول ـ الجنس الثالث في التقليد ق١٩٤/ب.

وقال في "الفتح"[(١)] مِن أوَّلِ كتابِ القضاء: ((الولايةُ تقبَلُ التَّقييدَ والتَّعليقَ بالشَّرطِ كقولِهِ: إذا وصَلتَ إلى بلدةِ كذا فأنت قاضيها، وإذا[(٢)] وصَلتَ إلى مكَّةَ فأنت أميرُ الموسمِ، والإضافةَ: كجعَلْتُكَ قاضياً في رأسِ الشَّهرِ، والاستثناءَ مِنها: كجعَلْتُكَ قاضياً إلاّ في قضيَّةِ فُلانٍ، ولا تنظُرْ في قضيَّةِ كذا، والدَّليلُ على جوازِ تعليقِ الإمارةِ وإضافتِها قولُهُ ﷺ حينَ بعَثَ البعثَ إلى مؤتة وأمَّرَ عليهم زيدَ بنَ حارثةَ: ((إنْ قُتِلَ زيدُ بنُ حارثةَ فجعفرٌ أميرُكم، وإنْ قُتِلَ جعفرٌ فعبدُ اللهِ بنُ رواحةَ، وهذه القِصَّةُ مِمّا اتَّفقَ عليها جميعُ أهلِ السِّيَرِ والمغازي[(٣)])) اهـ.

---

(١) "الفتح: ٣٥٨/٦ بتصرف.

(٢) في "الأصل": ((أو إذا)).

(٣) روى أحمدُ بن أبي بكرٍ ومصعبُ بن عبد الله الزُّبيريُّ وإبراهيمُ بن المنذر ويعقوبُ بن حُميدٍ عن المُغيرة بن عبد الرَّحمن المخزوميِّ عن عبد الله بن سعيدِ بن أبي هندٍ عن نافعٍ عن ابن عمرَ قال: ((أمَّرَ رسولُ الله ﷺ في غزوة مُؤتَةَ زيدَ بن حارثة، وقال: إنْ قُتِلَ زيدٌ فجعفرٌ، وإنْ قُتِلَ جعفرٌ فعبدُ الله بن رواحةَ، قال عبدُ الله: كنتُ معهم تلك الغزوة، فالتَمَسْنا جعفرَ بن أبي طالبٍ فوجدناه في القتلى، ووَجَدْنا فيما نِيلَ مِن جسده بضعاً وسبعينَ ضَرْبةً ورَمْيةً)).

أخرجه البخاريُّ (٤٢٦١) في المغازي ـ باب غزوة مُؤتة، وابنُ أبي عاصمٍ في "الجهاد" (٢٥٧)، وابنُ حبّانَ في "صحيحه" كما في "الإحسان" (٤٧٤١)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" (١٤٦٣)، وأبو نُعَيم في "الحلية" ١١٧/١، والبيهقيُّ في "الكبرى" ١٥٤/٨، و"دلائل النُّبوَّة" ٣٦٠/٤ و٣٦١.

وابنُ أبي هندٍ: مَدنيٌّ ثقةٌ، قال أحمدُ: ثقةٌ ثقةٌ، ووثَّقَه ابنُ مَعينٍ وأبو داودَ ويعقوبُ بن سفيانَ وابنُ سعدٍ وابنُ المَدينيِّ وابنُ البَرْقيِّ، وقال النَّسائيُّ: ليس به بأسٌ، وقال يحيى القَطّان: كان صالحاً تعرف وتنكر، وقال أبو حاتمٍ: ضعيفُ الحديث، وذكره ابنُ حبّانَ في "الثِّقات" وقال: يُخطئ.

والمُغيرةُ بن عبد الرَّحمن المخزوميُّ: فقيهُ المدينة، وثَّقَه يعقوبُ بن شَيبةَ، وذكره ابنُ حبّانَ في "الثِّقات" وقال: ربَّما أخطأ، وقال أبو زُرعةَ: لا بأسَ به، وقال عبّاس عن ابن مَعين: ثقةٌ، وضعَّفَه أبو داودَ وقال: غَلِطَ عبّاس، قال ابنُ حَجَرٍ: ليس له في البخاريِّ سوى حديثٍ واحدٍ في غزوةِ مُؤتةَ مِن روايته عن ابن أبي هندٍ عن نافعٍ عن ابن عمرَ، وتابعه عنده سعيدُ بن أبي هلالٍ عن نافعٍ.

فرواه ابنُ وَهْبٍ عن عمرِو بن الحارث عن سعيدِ بن أبي هلالٍ عن نافعٍ عن ابن عمرَ ((أنَّه وقَفَ على جعفرٍ يومئذٍ وهو قتيلٌ، فعدَدْتُ به خمسينَ بين طَعْنةٍ وضَرْبةٍ، ليس مِنها شيءٌ في دُبُره، يعني: في ظهره)).

= أخرجه البخاريُّ (٤٢٦٠) في المغازي ـ باب غزوة مُؤتة، وأخرجه سعيدُ بن منصورٍ (٢٨٣٥) مُطوَّلاً في غزوة مُؤتة عن ابن أبي هلالٍ بلاغاً، ومُسنداً عن نافعٍ كرواية البخاريِّ، وليس فيه لفظُ: (إنْ قُتِلَ زيدٌ فجعفرٌ، وإنْ قُتِلَ جعفرٌ فعبدُ الله بن رواحةَ).

وكذلك رواه أبو مَعشرٍ عن نافعٍ عن ابن عمرَ قال: ((عدَدْتُ ...)) نحوَ عمرو بن الحارث عند البخاريِّ. أخرجه سعيدُ بن منصورٍ (٢٨٣٦).

وروى أبو أُوَيس عن عبد الله بن عمرَ العُمَريِّ عن نافعٍ به نحوَه.

أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ ٨/٥٥٠، وابنُ سعدٍ في "الطَّبقات" ٤/٣٨، إلاّ أنه وقع في "المصنَّف" (عُبيد الله)، فإنْ كان صواباً فهو ثقةٌ إمام، وإلاّ فعبدُ الله أخوه ضعيفٌ، لكنَّه مُتابَعٌ عليه.

ورواه أبو جعفرٍ [الباقرُ] عن نافعٍ عن ابن عمرَ قال: ((وُجِدَ أو وجَدْنا فيما أقبلَ مِن بَدَنِ جعفر بن أبي طالبٍ ما بين مَنكِبيه تسعينَ ضَرْبةً بين طَعْنةٍ برُمحٍ وضَرْبةٍ بسيفٍ)). أخرجه ابنُ سعدٍ ٤/٣٨.

وروى وَهْبُ بن جرير وموسى بنُ إسماعيلَ وعبدُ الله بن أبي بكرٍ العَتَكيُّ عن جرير بن حازمٍ عن محمَّد بن عبد الله بن أبي يعقوبَ عن الحسن بن سعدٍ عن عبد الله بن جعفرٍ قال: ((بعَثَ رسولُ الله ﷺ جيشاً استعمَلَ عليهم زيدَ بن حارثةَ، فإنْ قُتِلَ زيدٌ أوِ استُشهِدَ فأميرُكم جعفرٌ، فإنْ قُتِلَ أوِ استُشهِدَ فأميرُكم عبدُ الله بن رواحةَ، فلَقُوا العدوَّ، فأخَذَ زيدٌ فقاتلَ حتّى قُتِلَ، ثمَّ أخَذَ الرّايةَ جعفرٌ، فقاتلَ حتّى قُتِلَ، ثمَّ أخذَها عبدُ الله بن رواحةَ، فقاتلَ حتّى قُتِلَ، ثمَّ أخَذَ الرّايةَ خالدُ بن الوليد ففتحَ الله عليه، وأتَى خبرُهمُ النَّبيَّ ﷺ، فخرَجَ إلى النّاس وحَمِدَ اللهَ وأثنَى عليه، وقال: إنَّ إخوانَكم لَقُوا العدوَّ، وإنَّ زيداً أخَذَ الرّايةَ، فقاتلَ حتّى قُتِلَ أوِ استُشهِدَ، ثمَّ أخَذَ الرّايةَ بعدَه جعفرُ بن أبي طالبٍ، فقاتلَ حتّى قُتِلَ أوِ استُشهِدَ، ثمَّ أخَذَ الرّايةَ عبدُ الله بن رواحةَ، فقاتلَ حتّى قُتِلَ أوِ استُشهِدَ، ثمَّ أخَذَ الرّايةَ سيفٌ مِن سيوف الله خالدُ بن الوليد ففتَحَ اللهُ عليه، ثمَّ أمهَلَ آلَ جعفرٍ ثلاثاً أنْ يأتيَهم، ثمَّ أتاهم فقال: لا تَبكُوا على أخي بعدَ اليوم، ادعُوا إليَّ ابنَي أخي، قال: فجيءَ بنا كأنّا أَفْرُخٌ، فقال: ادعُوا ليَ الحلاّقَ، فجيءَ بالحلاّق فحلَقَ رؤوسَنا، قال: أمّا محمَّدٌ فشَبيهُ عمِّنا أبي طالبٍ، وأمّا عبدُ الله فشَبيهُ خَلْقي وخُلُقي، ثمَّ أخَذَ بيدي فأشالَها فقال: اللهمَّ اخلُفْ جعفراً في أهلِهِ، وبارِكْ لعبد الله في صَفْقةِ يَمينِهِ، قالها ثلاثَ مِرارٍ، قال: فجاءت أُمُّنا فذكَرَتْ له يُتْمَنا وجعَلَتْ تُفْرِحُ له، فقال: العَيْلَةَ تَخافين عليهم وأنا وَلِيُّهم في الدُّنيا والآخِرة)).

أخرجه أحمدُ ١/٢٠٤، والنَّسائيُّ في "الكبرى" (٨٦٠٤)، وابنُ سعدٍ في "الطَّبقات" ٤/٣٦ ـ ٣٧، والطَّحاويُّ في "بيان المشكل" (٥١٦٩)، والبَزّارُ في "البحر الزَّخّار" (٢٢٥٧)، والطَّبرانيُّ في "الكبير" ١٣/(١٩٤)، والحاكمُ في المستدرك" ٣/٢٩٨، وأبو نُعَيم ومِن طريقه الضِّياءُ المَقدِسيُّ في "المختارة" ٩/١٦٢(١٣٧) و(١٣٨) و(١٣٩) و(١٤٠). وقال البَزّارُ: وهذا الكلام لا نعلمُ رواه عن النَّبيِّ ﷺ إلاّ عبد الله بن جعفرٍ.

وأخرجه أبو داودَ (٤١٩٢)، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٨/١٨٢و"الكبرى" (٨١٦٠) و(٩٢٩٥)، وابنُ أبي عاصمٍ في "الآحاد والمثاني" (٤٣٤). مُختصَراً على ((أنَّ النَّبيَّ ﷺ أمهَلَ آلَ جعفرٍ ثلاثا أنْ يأتيَهم، ثمَّ أتاهم فقال: لا تَبكُوا على أخي بعدَ اليوم، ثمَّ قال: ادعُوا ليَ ابنَي أخي، قال: فجيءَ بنا كأنّا أَفْرُخٌ، فقال: ادعُوا ليَ الحلاّقَ، فأمَرَهُ فحلَقَ رؤوسَنا)).=

= والحسنُ بن سعدٍ الهاشميُّ مولاهم الكوفيُّ، وثَّقَه النَّسائيُّ وابنُ نُمير وابنُ حبّانَ والعِجليُّ.

ومحمَّدُ بن أبي يعقوبَ التَّميميُّ البَصريُّ: قال ابنُ مَعينٍ وأبو حاتمٍ والنَّسائيُّ وابنُ نُمير وابنُ حبّانَ والعِجليُّ: ثقةٌ. ولذلك قال ابنُ حَجَرٍ في "الفتح" ٥١١/٧: إسناده صحيح.

إلاّ أنَّ أبا أسامةَ رواه عن مَهديِّ بن مَيمونٍ عن محمَّد بن أبي يعقوبَ عن الحسن بنِ سعدٍ قال: ((لَمّا جاء النَّبيَّ خبرُ قتلِ زيدٍ وجعفرٍ وابنِ رواحةَ ...)) الحديث مُرسَلاً. أخرجه ابنُ أبي شَيبةَ ٥٤٨/٨.

ومَهديُّ بن مَيمونٍ الأَزْديُّ البَصريُّ: قال شُعبةُ وأحمدُ وابنُ مَعينٍ والنَّسائيُّ وابنُ خِراشٍ والعِجليُّ: ثقةٌ.

وروى أبو خالدٍ الأحمرُ عن حَجّاج بن أرطاةَ عن الحَكمِ عن مِقسمٍ عن ابن عبّاس ((أنَّ رسولَ الله ﷺ بعَثَ إلى مُؤْتةَ فاستعمَلَ زيداً، فإنْ قُتِلَ زيدٌ فجعفرٌ، فإنْ قُتِلَ جعفرٌ فابنُ رواحةَ، قال: فتخلَّفَ ابنُ رواحةَ يجمَعُ مع النَّبيِّ ﷺ، فرآه النَّبيُّ فقال: ما خلَّفَك؟ قال: أجمَعُ معك، فقال: لَغَدْوةٌ أو رَوْحةٌ في سبيل الله خيرٌ مِن الدُّنيا)).

أخرجه أحمدُ ٢٥٦/١، وابنُ أبي شَيبةَ ٥٤٥/٨. قال الهيثميُّ في "مجمع الزوائد"١٥٦/٦: وفيه الحَجّاج بن أرطاةَ، وهو مُدلِّسٌ، وبقيَّةُ رجاله رجالُ الصَّحيح.

وروى الأسودُ بن شَيبانَ عن خالد بن سُمير قال: قَدِمَ علينا عبدُ الله بن رباحٍ الأنصاريُّ، قال: وكانت الأنصارُ تُفقِّهُه، قال: حدَّثنا أبو قَتادةَ فارسُ رسولِ الله ﷺ قال: ((بعَثَ رسولُ الله ﷺ جيشَ الأُمراء، وقال: عليكم زيدُ بن حارثة، فإنْ أُصيبَ زيدٌ فجعفرُ بن أبي طالبٍ، فإنْ أُصيبَ جعفرٌ فعبدُ الله بن رواحةَ، فوثَبَ جعفرٌ فقال: يا رسولَ الله ما كنتُ أرهبُ أنْ تستعمِلَ عليَّ زيداً، فقال: امضِ، فإنَّك لا تدري أيُّ ذلك خيرٌ فانطلَقُوا، فلَبِثُوا ما شاء الله، ثمَّ إنَّ رسولَ الله ﷺ صَعِدَ المنبرَ، وأمَرَ فنُوديَ: الصَّلاةُ جامعة، فاجتمَعَ النَّاسُ إلى رسول الله ﷺ، فقال: ثابَ خيرٌ ((ثلاثاً))، أخبرُكم عن جيشكم هذا الغازي؟ انطلَقُوا فلَقُوا العدوَّ، فقُتِلَ زيدٌ شهيداً فاستغفِرُوا له، ثمَّ أخَذَ اللِّواءَ جعفرُ بن أبي طالبٍ، فشَدَّ على القوم حتّى قُتِلَ شهيداً، اشهَدُوا له بالشَّهادة واستغفِرُوا له، ثمَّ أخَذَ اللِّواءَ عبدُ الله بن رواحةَ، فأثبَتَ قدَمَيه حتّى قُتِلَ شهيداً، فاستغفِرُوا له، ثمَّ أخَذَ اللِّواءَ خالدُ بن الوليد ولم يكنْ مِن الأُمراء، هو أمَّرَ نفسَهُ، ثمَّ قال رسولُ الله ﷺ: اللهمَّ إنَّه سيفٌ مِن سُيوفِكَ فأنت تنصُرُه، فمِن يومئذٍ سُمِّيَ سيفَ الله.

وقال رسولُ الله ﷺ: انفِرُوا فأمِدُّوا إخوانَكم ولا يَتخلَّفنَّ مِنكم أحدٌ، فنَفَرُوا مُشاةً ورُكباناً، وذلك في حَرٍّ شديدٍ، فبينما هم ليلة مائلينَ عن الطَّريق إذ نعَسَ رسولُ الله ﷺ حتّى مال عن الرَّحلِ، فأتيتُه فدَعمتُه بيدي، فلمّا وجَدَ مسَّ يدِ رجُلٍ اعتدَلَ فقال: مَن هذا؟ فقلتُ: أبو قَتادةَ، قال في الثّانية أو الثّالثة، قال: ما أُراني إلاّ قد شقَقْتُ عليك منذُ اللَّيلةِ، قال: قلتُ: كلاّ، بأبي أنت وأُمِّي، ولكنْ أرى الكرَى والنُّعاسَ قد شقَّ عليك، فلو عَدَلتَ فنزَلتَ حتّى يذهبَ كَراكَ، قال: إنّي أخافُ أنْ يُخذَلَ النّاسُ، قال: قلتُ: كلاّ، بأبي وأُمّي، قال: فابْغِنا مكاناً خمِراً، قال: فعَدَلتُ عن الطَّريق فإذا أنا بعُقدةٍ مِن شجرٍ، فجئتُ فقلتُ: يا رسولَ الله هذه عُقدةٌ مِن شجرٍ قد أصَبتُها، قال: فعدَلَ رسولُ الله ﷺ وعدَلَ معه مَن يَليه مِن أهل الطَّريق، فنزَلُوا واستتَرُوا بالعُقدةِ مِن الطَّريق، فما استيقَظْنا إلاّ بالشَّمس طالعةً علينا، فقُمنا ونحنُ وَهِلين، فقال رسولُ الله ﷺ: رويداً رويداً حتّى تَعالَتِ الشَّمسُ، ثمَّ قال: مَن كان =

= يُصلِّي هاتين الرَّكعتين قبلَ صلاةِ الغَداة فليُصلِّهما، فصلاَّهما مَن كان يُصلِّيهما، ثـمَّ أَمَرَ فنُودِيَ بـالصَّلاة، ثـمَّ تقـدَّمَ رسولُ الله ﷺ فصلَّى بنا، فلمّا سلَّمَ قال: إنّا نَحمَدُ اللهَ، لم نكنْ في شيءٍ مِن أمرِ الدُّنيـا يَشـغَلُنا عـن صلاتنـا، ولكـنَّ أرواحَنا كانت بيد الله أرسَلَها أنَّى شاء، ألا فمَن أدركَتْهُ هذه الصَّـلاةُ مِـن عبـدٍ صـالحٍ فليَقْـضِ معهـا مثلَهـا، قـالوا: يا رسولَ الله العطشُ، قال: لا عطشَ يا أبا قَتادةَ، أَرِني المِيْضَأةَ، قال: فأتيتُه بها فجعَلَها في ضِبنِهِ [تحت إبطه] ثمَّ التقَمَ فمَها، فاللهُ أعلمُ أنفَثَ فيها أم لا، ثمَّ قال: يا أبا قَتادةَ أَرِني الغُمَرَ [القدح الصغير] علـى الرّاحلـة، فأتيتُـه بقَـدَحٍ بـين القَدَحَين، فصَبَّ فيه فقال: اسقِ القومَ، ونادَى رسولُ الله ﷺ ورفَعَ صوتَه: ألا مَن أتاه إناؤه فليَشـرَبْهُ، فـأتيتُ رجُـلاً فسقيتُهُ، ثمَّ رجَعتُ إلى رسول الله ﷺ بفَضْلَةِ القَدَحِ، فذهبتُ فسقيتُ الذي يليه حتّى سقَيتُ أهلَ تلـك الحَلْقـةِ، ثـمَّ رجَعتُ إلى رسول الله ﷺ بفَضْلَةِ القَدَحِ، فذهبتُ فسقيتُ حَلْقةً أُخرى حتّى سـقيتُ سبعةَ رُفَـقٍ، وجعلـتُ أتطـاولُ أنظُرُ هل بقيَ فيها شيءٌ، فصَبَّ رسولُ الله ﷺ في القَدَحِ فقال لي: اشرَبْ، قال: قلتُ: بأبي أنت وأُمِّي، إنّي لا أجدُ بي كثيرَ عطشٍ، قال: إليكَ عنّي، فإنّي ساقي القومِ منذُ اليوم، قال: فصَـبَّ رسـولُ الله ﷺ في القَـدَحِ فشَـرِبَ، ثـمَّ صَبَّ في القَدَحِ فشَرِبَ، ثمَّ صَبَّ في القَدَحِ فشَرِبَ، ثمَّ رَكِبَ ورَكِبْنا، ثمَّ قال: كيف تَرَى القومَ صنَعُوا حين فقَدُوا نبيَّهم وأرهقَتْهم صلاتُهم؟ قُلنا: الله ورسولُه أعلـمُ، قـال: أليـس فيهـم أبـو بكـرٍ وعمـرُ، إنْ يُطيعوهمـا فقـد رَشَـدُوا ورَشَدَتْ أُمُّهم، وإنْ يَعصوهما فقد غَوَوا وغَوَتْ أُمُّهم، قالها ثلاثاً، ثمَّ سارَ وسِرنا، حتّى إذا كُنّا في نَحرِ الظَّهـيرة إذا ناسٌ يتبعون ظلالَ الشَّجرة، فأتيناهم، فإذا ناسٌ مِن المهاجرين فيهم عمرُ بن الخطّاب، قال: فقُلنا لهـم: كيـف صنعتُـم حين فقدتُم نبيَّكم وأرهقَتْكم صلاتُكم؟ قالوا: نحن والله نُخبرُكم، وثَبَ عمرُ فقال لأبي بكرٍ: إنَّ الله قـال في كتابـه: (إنَّك ميِّتٌ وإنَّهم ميِّتون)، وإنّي والله ما أدري لعلَّ اللهَ قد توفَّى نبيَّه، فقُمْ فصَلِّ وانطلِقْ، إنّـي نـاظرٌ بعـدَك ومُقـاوِمٌ، فإنْ رأيتُ شيئاً وإلاّ لَحِقتُ بك، قال: وأُقيمتِ الصَّلاةُ وانقطَعَ الحديث)). اللَّفظُ لابن أبي شَيبةَ مُطوَّلاً.

أخرجه أحمدُ ٢٩٩/٥ و٣٠٠ ـ ٣٠١، وابنُ سعدٍ في "الطَّبقات" ٤٦/٣ ـ ٤٧، وابنُ أبي شَيبةَ ٥٤٥/٨ ــ ٥٤٧، والبخـاريُّ في "التّـاريخ" ١٣٦/٣، وأبـو داودَ (٤٣٨)، والنَّسـائيُّ في "الكـبرى" (٨١٥٩) و(٨٢٤٩) و(٨٢٨٢)، والدّارميُّ (٢٤٤٨)، والطَّبريُّ في "تاريخه" ٢٨٣ ـ ٢٨٤، والطَّحاويُّ في "بيان المشكل" (٥١٧٠)، وابنُ حبّـانَ كما في "الإحسان" (٧٠٤٨)، والبيهقيُّ في "دلائل النُّبوَّة" ٣٦٧/٤، والرّافعيُّ في "التَّدوين في تاريخ قزوين" ٣٥٠/٣ ـ ٣٥١.

أمّا روايةُ أبي داودَ فاختصرت على: بعَثَ رسولُ الله جيشَ الأُمراء، ثمَّ قال: بهذه القِصَّة، أي: التـي رواهـا ابنُ أبي شَيبةَ، ثمَّ ذكر موضِعَ الشّاهد فيمَن نامَ عن صلاةٍ أو نسِيَها... الحديث.

وظنَّ ابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٠٦/٥ أنَّ قِصَّة نومِ النَّبيِّ ﷺ عن الصَّلاة كانت في جيش الأُمـراء، فقـال: وهذا وَهْمٌ عند الجميع؛ لأنَّ جيش الأُمراء كان في غَزاة مُؤتة، وكانت سريَّةً لم يشهَدْها رسولُ الله، كـان الأميرُ عليها زيدَ بن حارثة، وقد روى هذا الحديثَ ثابتٌ البنانيُّ وسليمانُ التَّيميُّ عن عبد الله على غير ما رواه خالدُ بن سُمير، وما قالوه فهو عند العلماء الصَّوابُ.

وفيه نظر، فالخلل ليس مِن خالد بن سُمير، بل مِمَّن اختصَرَ روايتَه المُطوَّلةَ كما هي عند ابن أبي شَيبةَ، فـأغلبُ العلماء رووها مُقطَّعةً حسَبَ وجوه الاستشهاد، وهذا جائزٌ عند العلماء، فقولـه: بالقِصَّـة، مـرادُهُ القِصَّـةُ المعروفـة في غزوة تبوك مِن رواية أبي قَتادةَ التي تتمَّتُها قِصَّة نومِ النَّبيِّ عن الصَّلاة. والله أعلم. =

حتّى لو أمَرَ السُّلطانُ بعَدَمِ سماعِ الدَّعوى بعدَ خمسَ[(١)] عَشْرةَ سنةً فسَمِعَها لم ينفُذْ. **قلتُ**: فلا تُسمَعُ الآنَ بعدَها إلاّ بأمرٍ،.........................

[٢٦٤٢٨] (قولُهُ: بعدَ خمسةَ عشرَ سنةً) المناسبُ: خمسَ عشرةَ بتذكيرِ الأوَّلِ وتأنيثِ الثّاني؛ لكونِ المعدودِ مُؤنَّثاً وهو ((سنةً))، وأجابَ "ط"[(٢)]: ((بأنَّه على تأويلِ السَّنةِ بالعامِ أوِ الحَوْلِ)).

مطلبٌ في عَدَمِ سماعِ الدَّعوى بعدَ خمسَ عشرةَ سنةً

[٢٦٤٢٩] (قولُهُ: فلا تُسمَعُ الآنَ بعدَها) أي: لنهيِ السُّلطانِ عن سماعِها بعدَها، فقد قال السَّيِّدُ "الحمَويُّ" في "حاشية الأشباه"[(٣)]: ((أخبرَني أستاذي شيخُ الإسلامِ "يحيى أفندي" الشَّهيرُ بـ"المنقاريِّ"[(٤)]: أنَّ السَّلاطينَ الآنَ يأمُرونَ قُضاتَهم في جميعِ [٣/ق٢٢٤/ب] ولاياتِهم

= وتَبِعَ ابنُ حَجَرٍ ابنَ عبد البَرِّ فقال في "تهذيبه": وذكر له ابنُ جرير الطَّبريُّ وابنُ عبد البَرِّ والبيهقيُّ حديثاً أخطأ في لفظة مِنه، وهي قوله: كُنّا في جيش الأُمراء، يعني: مُؤتة، والنَّبيُّ ﷺ لم يَحضُرْها.

ولم أفهم كلامَ ابن حَجَرٍ هذا، فإنِّي لم أجدِ اللَّفظةَ التي يمكنُ أنْ تُنكَرَ على خالدِ بن سُمير إلاّ ما ذكرتُه من رواية أبي داودَ، أمّا الطَّبريُّ وأحمدُ فقد رويا القِسمَ الأوَّلَ مِن الحديث إلى قوله: ((... فنَفَرُوا مُشاةً ورُكباناً))، زاد الطَّبريُّ: ((وذلك في حَرٍّ شديدٍ)). وكذلك رواية النَّسائيِّ وابنِ حبّانَ والبيهقيِّ، حيثُ روى إلى قوله: ((... فمِن يومئذٍ سُمِّيَ خالدٌ سيفَ الله)). ووقَفَتْ رواية الطَّحاويِّ على ((فبينا نحنُ نسيرُ ليلةً على الطَّريق إذ نعَسَ النَّبيُّ ﷺ)). ثمَّ قال: ووقَفَ على هذا مِن الحديث. واقتصَرَ مِنه الدّارميُّ على: ((ثمَّ صَعِدَ رسولُ الله المنبر فأمَرَ فنُوديَ: الصَّلاةُ جامعة)). ورواية الرّافعيِّ إلى: ((... فإنْ أُصيبَ جعفرٌ فعبدُ الله بن رواحةَ)).

كلُّ هذا يدلُّ على أنَّ الإشكال لا يَرِدُ إلاّ على رواية أبي داودَ؛ لخَلَلٍ في الاختصار مِن أبي داودَ أو شيخِه، ولم يُخطِئ فيها خالدُ بن سُمير، والله أعلم.

وخالدُ بن سُمير، ويقال: شُمير السَّدوسيُّ البَصريُّ: قال النَّسائيُّ والعِجليُّ: ثقةٌ، وقال أحمدُ: لا أعلم روى عنه أحدٌ سوى الأسود، ولكنَّه حسنُ الحديث، وقال مرَّةً: حديثُه عندي صحيحٌ كما في "شرح العلل" لابن رجب ١/٨٤.

(١) في "د" و"ب" و"م": ((خمسة عشر))، وما أثبتناه من "ط" هو الصواب وسينبه عليه ابن عابدين رحمه الله.

(٢) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/٢٠٢.

(٣) "غمز عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ٢/٣٣٧ ـ ٣٣٨.

(٤) هو المعروف بمنقاري زاده (ت١٠٨٨هـ)، وتقدمت ترجمته ٣/٣٧٨.

....

أنْ لا يسمَعُوا دعوى بعدَ مُضيِّ خمسَ عشرةَ سنةً سوى الوقفِ والإرثِ)) اهـ. ونقَلَ في "الحامديَّة"(١) فتاوًى مِن المذاهبِ الأربعةِ بعَدَمِ سماعِها بعدَ النَّهيِ المذكورِ.

مطلبٌ: هل يبقَى النَّهيُ بعدَ موتِ السُّلطانِ؟

لكنْ هل يبقى النَّهيُ بعدَ موتِ السُّلطانِ الذي نهَى بحيثُ لا يُحتاجُ مِن بعدِهِ إلى نهيٍ جديدٍ؟ أفتى في "الخيريَّة"(٢): ((بأنَّه لا بدَّ مِن تجديدِ النَّهيِ، ولا يستَمِرُّ النَّهيُ بعدَهُ، وبأنَّه إذا اختَلَفَ الخصمانِ في أنَّه مَنهيٌّ أو غيرُ مَنهيٍّ فالقولُ للقاضي ما لم يُثبِتِ المحكومُ عليه النَّهيَ))، وأطالَ في ذلك وأطابَ، فراجِعْهُ. وأمّا ما ذكَرَهُ السَّيِّدُ "الحمَويُّ"(٣) أيضاً: ((مِن أنَّه قد عُلِمَ مِن عادتِهم ـ يعني: سلاطينَ آلِ عثمانَ نصَرَهمُ الرَّحمنُ ـ مِن أنَّه إذا تولَّى سلطانٌ عُرِضَ عليه قانونُ مَن قبلَهُ وأخَذَ أَمْرَهُ باتِّباعِهِ))، فلا يُفيدُ هنا؛ لأنَّ معناهُ أنْ يلتزِمَ قانونَ أسلافِهِ: بأنْ يأمُرَ بما أَمَرُوا به، وينهَى عمّا نَهَوا عنه، ولا يلزَمُ مِنه أنَّه إذا ولَّى قاضياً ولم يَنْهَهُ عن سماعِ هذه الدَّعوى أنْ يصيرَ قاضيهِ مَنهيّاً بمجرَّدِ ذلك، وإنَّما يلزَمُ مِنه أنَّه إذا ولاّهُ يَنهاهُ صريحاً؛ ليكونَ عاملاً بما التزَمَهُ مِن القانونِ، كما

(قولُهُ: بأنَّه لا بدَّ مِن تجديدِ النَّهيِ، ولا يستَمِرُّ إلخ) هذا إنَّما يظهَرُ بالنِّسبةِ لِمَن تولَّى بعدَ موتِ السُّلطانِ، لا لِمَن تولَّى مِن الميْتِ، فإنَّه معزولٌ لما نهاهُ عنه في حياتِهِ، ويبقَى على حالِهِ الأوَّلِ بعدَ موتِهِ.

(قولُهُ: مِن أنَّه إذا تولَّى سلطانٌ عُرِضَ عليه قانونُ مَن قبلَهُ وأخَذَ أَمْرَهُ باتِّباعِهِ إلخ) المتبادرُ مِن قولِهِ: ((وأخَذَ إلخ)) أنَّ مَن يُعرَضُ عليه القانونُ يأخُذُ مِنه أمراً باتِّباعِ قانونِ مَن قبلَهُ: بأنْ يكتُبَ أَمْرَهُ باتِّباعِهِ، فيكونَ آمِراً للقُضاةِ بالعملِ بالقانونِ الذي فيه النَّهيُ، وليس في هذا ما يدُلُّ على مجرَّدِ التزامِ السُّلطانِ بأنْ يعمَلَ به، فيَتِمُّ ما قالَهُ "الحمَويُّ"، لكنْ هذا لا يظهَرُ إلاّ في قاضٍ مُولًّى، وأمّا إذا عُزِلَ وتولَّى غيرُهُ لا بدَّ مِن النَّهيِ ثانياً، ولا يكفي النَّهيُ السّابقُ، تأمَّلْ.

---

(١) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٥ وما بعدها.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب أدب القاضي ٢/٦ بتصرف.

(٣) "غمز عيون البصائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ٢/٣٣٧ بتوضيح من العلاّمة ابن عابدين رحمه الله تعالى.

إلاّ في الوقفِ، والإرثِ، ووجودِ عُذْرٍ شرعيٍّ، وبه أفتى المفتي "أبو السُّعود"، فليُحفَظْ.

اشتهَرَ أنَّه حينَ يُولِّيهِ الآنَ يأمُرُه في مَنشورِهِ بالحُكمِ بأصحِّ أقوالِ المذهبِ كعادةِ مَن قبلَهُ، وتمامُ الكلامِ على ذلك في كتابنا "تنقيح الحامدية"[١]، فراجِعْهُ، وأَطَلْنا الكلامَ عليه أيضاً في كتابنا "تنبيه الوُلاة والحُكّام"[٢].

[٢٦٤٣٠] (قولُهُ: إلاّ في الوقفِ، والإرثِ، ووجودِ عُذْرٍ شرعيٍّ) استثناءُ الإرثِ مُوافِقٌ لِما مرَّ[٣] عن "الحمَويِّ"، ولِما في الحامديَّة[٤] عن فتاوى "أحمد أفندي المَهْمَنداريِّ"[٥] مفتي دمشقَ: ((أنَّه كتَبَ على ثلاثةِ[٦] أسئلةٍ أنَّه تُسمَعُ دعوى الإرثِ ولا يَمنَعُها طولُ المدَّةِ))، ويُخالِفُهُ ما في "الخيريَّة"[٧]، حيثُ ذكَرَ: ((أنَّ المستثنَى ثلاثةٌ: مالُ اليتيمِ، والوقفُ، والغائبُ))، ومقتضاهُ: أنَّ الإرثَ غيرُ مُستثنًى فلا تُسمَعُ دعواهُ بعدَ هذه المدَّةِ، وقد نقَلَ في "الحامديَّة"[٨] عنِ "المَهْمَنداريِّ" أيضاً: ((أنَّه كتَبَ على سؤالٍ آخرَ فيمَن ترَكَت دعواها الإرثَ بعدَ بلوغِها خمسَ عشرةَ سنةً بلا عُذْرٍ أنَّ الدَّعوى لا تُسمَعُ إلاّ بأمرٍ سلطانيٍّ)). ونقَلَ أيضاً[٩] مثلَهُ فتوى تُركيَّةً عنِ المولَى "أبي السُّعود"، وتعريبُها: ((إذا تُرِكَت دعوى الإرثِ بلا عُذْرٍ شرعيٍّ خمسَ عشرةَ سنةً، فهل لا تُسمَعُ ؟ الجوابُ: لا تُسمَعُ إلاّ إذا اعترَفَ الخصمُ بالحَقِّ)). ونقَلَ مثلَهُ شيخُ مشايخنا "التُّركمانيُّ"[١٠] عن "فتاوى علي أفندي"[١١] مفتي الرُّومِ، ونقَلَ مثلَهُ أيضاً شيخُ

---

(١) انظر " العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٥ وما بعدها.

(٢) انظر "مجموع رسائل ابن عابدين": ٣٤٩/١.

(٣) في المقولة السابقة.

(٤) انظر " العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى٢/٦.

(٥) تقدمت ترجمته ٤٤٦/١٥.

(٦) في "الأصل" و"ب": ((ثلاث)).

(٧) "الفتاوى الخيرية": كتاب الدعوى ٢/٧٠.

(٨) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٦.

(٩) انظر "العقود الدرّية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٦.

(١٠) تقدمت ترجمته صـ١٩٣ـ.

(١١) "فتاوى علي أفندي": كتاب الدعوى ـ فيما يتعلق بمرور الزمان صـ٤٧٠ـ.

....

مشايخنا "السّائحانيُّ" عن "فتاوى عبد الله أفندي"[(١)] مفتي الرُّومِ، وهذا الذي رأينا عليه عملَ مَن قبلَنا، فالظّاهرُ أنَّه ورَدَ نهيٌ جديدٌ بعَدَمِ سماعِ دعوى الإرثِ، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

(تنبيهاتٌ)

الأوَّلُ: قدِ استُفيدَ مِن كلامِ "الشّارحِ" أنَّ عَدَمَ سماعِ الدَّعوى بعدَ هذه المدَّةِ إنَّما هو للنَّهيِ عنه مِن السُّلطانِ، فيكونُ القاضي معزولاً عن سماعِها؛ لِما عَلِمتَ مِن أنَّ القضاءَ يتخصَّصُ، فلذا قال: ((إلاّ بأمرٍ))، أي: فإذا أُمِرَ بسماعِها بعدَ هذه المدَّةِ تُسمَعُ، وسببُ النَّهيِ قَطْعُ الحِيَلِ والتَّزويرِ، فلا يُنافي ما في "الأشباه"[(٢)] وغيرِها: ((مِن أنَّ الحَقَّ لا يسقُطُ بتقادُمِ الزَّمانِ)) اهـ. ولذا قال في "الأشباه"[(٣)] أيضاً: ((ويَجِبُ عليه سماعُها)) اهـ. أي: يَجِبُ على السُّلطانِ الذي نهَى قُضاتَهُ عن سماعِ الدَّعوى بعدَ هذه المدَّةِ أنْ يسمَعَها بنفسِهِ أو يأمُرَ بسماعِها؛ كيلا يضيعَ حَقُّ المُدَّعي.

والظّاهرُ: أنَّ هذا حيثُ لم يظهَرْ مِن المُدَّعي أمارةُ التَّزويرِ، وفي بعضِ نُسَخِ "الأشباه":[(٣)] ((ويَجِبُ عليه عَدَمُ سماعِها))، وعليه: فالضَّميرُ يعودُ للقاضي المَنهيِّ عن سماعِها، لكنَّ الأوَّلَ هو المذكورُ في "معين المفتي"[(٤)].

الثّاني: أنَّ النَّهيَ حيثُ كان للقاضي لا يُنافي سماعَها مِن المُحكَّمِ، بل قال "المصنِّف" في "معين المفتي"[(٤)]: ((إنَّ القاضيَ لا يسمَعُها مِن حيثُ كونُهُ قاضياً، فلو حكَّمَهُ الخَصمانِ في تلكَ القضيةِ التي مضَى عليها [٣/ق٢٢٥/أ] المدَّةُ المذكورةُ فله أنْ يسمَعَها)).

الثّالثُ: عَدَمُ سماعِ القاضي لها إنَّما هو عندَ إنكارِ الخَصمِ، فلوِ اعترَفَ تُسمَعُ كما عُلِمَ مِمّا قدَّمناهُ[(٥)] مِن فتوى المولَى "أبي السُّعود أفندي"؛ إذ لا تزويرَ مع الإقرارِ.

---

(١) المسماة "بهجة الفتاوى" وتقدمت ترجمتها ٥٩٤/١٣.

(٢) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٦٣ـ.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٢ـ، وما في مطبوعة "الأشباه" التي بين أيدينا موافقٌ لبعض النسخ التي سيشير إليها ابن عابدين رحمه الله.

(٤) "معين المفتي على جواب المستفتي": للمصنف التُّمُرتاشي، وتقدمت ترجمته ٤٧٦/٧.

(٥) في هذه المقولة.

الرّابعُ: عَدَمُ سماعِها حيثُ تحقّقَ تَرْكُها هذه المدّةَ، فلوِ ادَّعَى في أثنائها لا يُمنَعُ، بل تُسمَعُ دعواهُ ثانياً ما لم يكنْ بينَ الدَّعوى الأُولى والثّانيةِ هذه المدَّةُ، ورأيتُ بخَطِّ شيخِ مشايخنا "التُّرْكُمانيّ" في "مجموعته"[(١)]: ((أنَّ شرطَها ـ أي: شرطَ الدَّعوى ـ مجلسُ القاضي[(٢)]، فلا تَصِحُّ الدَّعوى في مجلسِ غيرِهِ كالشَّهادةِ، "تنوير"[(٣)]، و"بحر"[(٤)]، و"درر"[(٥)]))، قال: ((واستُفيدَ مِنه جوابُ حادثةِ الفتوى، وهي أنَّ زيداً تركَ دعواهُ على عمرٍو مدَّةَ خمسَ عشرةَ سنةً ولم يدَّعِ عندَ القاضي، بل طالَبَهُ بحَقِّهِ مِراراً في غيرِ مجلسِ القاضي، فمقتضى ما مرَّ لا تُسمَعُ؛ لعَدَمِ شرطِ الدَّعوى، فليكنْ على ذُكرٍ مِنك، فإنَّه تكرَّرَ السُّؤالُ عنها، وصريحُ فتوى شيخِ الإسلام "علي أفندي"[(٦)]: أنَّه إذا ادَّعَى عندَ القاضي مِراراً ولم يَفصِلِ القاضي الدَّعوى ومَضَتِ المدَّةُ المَزبُورةُ تُسمَعُ؛ لأنّه صدَقَ عليه أنَّه لم يَترُكْها عندَ القاضي)) اهـ ما في "المجموعة"، وبه أفتى في "الحامديَّة"[(٧)].

ثمَّ لا يخفَى أنَّ تركَ الدَّعوى إنَّما يتحقَّقُ بعدَ ثُبوتِ حَقِّ طَلَبِها، فلو ماتَ زوجُ المرأةِ، أو طلَّقَها بعدَ عشرينَ سنةً مثلاً مِن وقتِ النِّكاحِ فلها طلَبُ مُؤخَّرِ المهرِ؛ لأنَّ حَقَّ طَلَبِهِ إنَّما ثَبَتَ لها بعدَ الموتِ أوِ الطَّلاقِ لا مِن وقتِ النِّكاحِ. ومثلُهُ ما يأتي فيما لو أخَّرَ الدَّعوى هذه المدَّةَ لإعسارِ المديونِ، ثمَّ ثبَتَ يسارُهُ بعدَها، وبه يُعلَمُ جوابُ حادثةِ الفتوى ـ سئلتُ عنها حينَ كتابتي لهذا المَحلِّ ـ: في رجلٍ له كَدَكُ دُكّانِ وقفٍ مُشتَمِلٌ على مَنجُورٍ وغيرِهِ وضَعَهُ مِن مالِهِ في الدُّكّانِ بإذنِ ناظرِ الوقفِ مِن نحوِ أربعينَ سنةً، وتصرَّفَ فيه هو وورَثَتُهُ مِن بعدِهِ في هذه المدَّةِ، ثمَّ أنكَرَهُ النّاظرُ الآنَ وأنكرَ[(٨)] وَضْعَهُ بالإذنِ، وأرادَ الوَرَثةُ إثباتَهُ وإثباتَ الإذنِ بوَضْعِهِ،

---

(١) مجموعة الشيخ علي بن محمد التُّرْكمانيّ (ت١١٨٣هـ) وتقدمت ترجمته صـ١٩٣ـ.

(٢) في "م": ((القاصي)) بالصاد المهملة، وهو خطأ.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧٦١٣] قوله: ((وشرطُها)).

(٤) "البحر": كتاب الدعوى ١٩٢/٧.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب الدعوى ٣٣٠/٢.

(٦) "فتاوى علي أفندي": كتاب الدعوى ـ فصل فيما يتعلق بمرور الزمان صـ٤٧٣ـ، لكن **نقول**: وردت المسألةُ فيه باللغة الفارسية، ذكرها صاحب "الفتاوى الحامدية": ٨/٢ مترجمةً إلى اللغة العربية، فليعلم.

(٧) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٧/٢ ـ ٨.

(٨) في "الأصل": ((وأنكره)).

....

والذي ظهَرَ لي في الجوابِ سماعُ البيِّنةِ في ذلك؛ لأنَّه حيثُ كان في يدِهم ويدِ مُورِّثِهم هذه المدَّةَ بدونِ مُعارِضٍ لم يكنْ ذلك تَرْكاً للدَّعوى. ونظيرُ ذلك ما لو ادَّعَى زيدٌ على عمرٍو بدارٍ في يدِهِ، فقال له عمرٌو: كنتُ اشتَريتُها مِنك مِن عشرينَ سنةً وهي في مِلكي إلى الآنَ، وكذَّبَهُ زيدٌ في الشِّراءِ فتُسمَعُ بيِّنةُ عمرٍو على الشِّراءِ المذكورِ بعدَ هذه المدَّةِ؛ لأنَّ الدَّعوى توجَّهَت عليه الآنَ، وقبلَها كان واضِعَ اليدِ بلا مُعارِضٍ، فلم يكنْ مُطالَباً بإثباتِ مِلكيَّتِها، فلم يكنْ تاركاً للدَّعوى. ومثلُهُ فيما يظهَرُ أنَّ مُستأجِرَ دارِ الوقفِ يَعمُرُها بإذنِ النّاظرِ ويُنفِقُ عليها مَبلَغاً مِن الدَّراهمِ يصيرُ دَيْناً له على الوقفِ، ويُسمَّى في زماننا: مُرصَداً، ولا يُطالِبُ به ما دام في الدّارِ، فإذا خرَجَ مِنها فله الدَّعوى على النّاظرِ بمُرصَدِهِ المذكورِ وإنْ طالَت مدَّتُهُ، حيثُ جرَتِ العادةُ بأنَّه لا يُطالِبُ به قبلَ خروجِهِ ولا سيَّما إذا كان في كلِّ سنةٍ يقتَطِعُ بعضَهُ مِن أُجرةِ الدّارِ، فليُتأمَّلْ.

٣٤٣/٤ **الخامسُ**: استثناءُ "الشّارحِ" العُذْرَ الشَّرعيَّ أعمُّ مِمّا في "الخيريَّة"[١] مِن الاقتصارِ على استثناءِ الوقفِ[٢]، ومالِ اليتيمِ، والغائبِ؛ لأنَّ العُذْرَ يشمَلُ ما لو كان المُدَّعَى عليه حاكماً ظالماً كما يأتي[٣]، وما لو كان ثابتَ الإعسارِ في هذه المدَّةِ ثمَّ أيسَرَ بعدَها فتُسمَعُ كما ذكَرَهُ في "الحامديَّة"[٤].

السّادسُ: استثناءُ مالِ اليتيمِ مُقيَّدٌ بما إذا لم يَترُكْها بعدَ بلوغِهِ هذه المدَّةَ، وبما إذا لم يكنْ له وليٌّ كما يأتي[٥]،وفي "الحامديَّة"[٦]: ((لو كان أحدُ الوَرَثةِ قاصراً والباقي بالغينَ تُسمَعُ الدَّعوى بالنَّظرِ إلى القاصرِ بقَدْرِ ما يخصُّهُ دونَ البالغينَ)).

---

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب الدعوى ٢/٧٠.

(٢) في "آ": ((مال الوقف)).

(٣) في هذه المقولة.

(٤) لم نعثر على المسألة في مظانها من مطبوعة "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية" التي بين أيدينا.

(٥) في هذه المقولة.

(٦) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٨ بتصرف.

....

السّابعُ: استثنوا الغائبَ والوقفَ ولم يُبيِّنوا له مدَّةً، فتُسمَعُ مِن الغائبِ ولو بعدَ خمسينَ سنةً، ويُؤيِّدُهُ قولُهُ في [٣/ق٢٢٥/ب] "الخيريَّة"[١]: ((مِن المقرَّرِ أنَّ التَّركَ لا يتأتَّى مِن الغائبِ لـه أو عليه؛ لعَدَمِ تأتِّي الجوابِ مِنه بالغَيْبةِ، والعِلَّةُ خشيةُ التَّزويرِ، ولا يتأتَّى بالغَيْبةِ الدَّعوى عليه، فلا فرقَ فيه بينَ غَيْبةِ المُدَّعي والمُدَّعَى عليه)) اهـ.

مطلبٌ: إذا تركَ الدَّعوى ثلاثاً وثلاثينَ سنةً لا تُسمَعُ

وكذا الظّاهرُ في باقي الأعذارِ أنَّه لا مدَّةَ لها؛ لأنَّ بقاءَ العُذْرِ وإنْ طالَت مدَّتُهُ يُؤكِّدُ عَدَمَ التَّزويرِ، بخلافِ الوقفِ، فإنَّه لو طالَت مدَّةُ دعواهُ بلا عُذْرٍ ثلاثاً وثلاثينَ سنةً لا تُسمَعُ كما أفتى بـه في "الحامديَّة"[٢] أخْذاً مِمّا ذكَرَهُ في "البحر"[٣] في كتابِ الدَّعوى عنِ "ابنِ الغَرْس"[٤] عن "المبسوط"[٥]: ((إذا تركَ الدَّعوى ثلاثاً وثلاثينَ سنةً ولم يكنْ مانعٌ مِن الدَّعوى، ثمَّ ادَّعَى لا تُسمَعُ دعواهُ؛ لأنَّ تركَ الدَّعوى مع التَّمكُّنِ يدُلُّ على عَدَمِ الحَقِّ ظاهراً)) اهـ. وفي "جامع الفتاوى"[٦] عن "فتاوى العَتّابيِّ": ((قال المتأخِّرونَ مِن أهلِ الفتوى: لا تُسمَعُ الدَّعوى بعدَ ستٍّ وثلاثينَ سنةً، إلاّ أنْ يكونَ المُدَّعي غائباً، أو صبيّاً، أو مجنوناً وليس لهما وليٌّ، أوِ المُدَّعَى عليه أميراً جائراً)) اهـ. ونقَلَ "ط"[٧] عن "الخلاصة"[٨]: ((لا تُسمَعُ بعدَ ثلاثينَ سنةً)) اهـ.

ثمَّ لا يخفَى أنَّ هذا ليس مبنيّاً على المنعِ السُّلطانيِّ، بل هو مَنْعٌ مِن الفقهاءِ، فلا تُسمَعُ الدَّعوى بعدَهُ وإنْ أمَرَ السُّلطانُ بسماعِها.

---

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب الدعوى ٢/ ٧٠.

(٢) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/ ٣.

(٣) "البحر": باب التحالف ٧/ ٢٢٨.

(٤) أي: في "الفوائد الفقهية في الأطراف الحكمية" كما في "البحر".

(٥) لم نعثر على المسألة في مظانّها من في مطبوعة "المبسوط" التي بين أيدينا.

(٦) في "م": ((الفتوى))، والمسألة في "جامع الفتاوى": كتاب أدب القاضي ق١٣٢/أ.

(٧) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/ ٢٠٢ باختصار.

(٨) لم نعثر على النقل في مخطوطة "خلاصة الفتاوى" التي بين أيدينا.

أَمْرُ السُّلطانِ إنَّما ينفُذُ إذا وافَقَ الشَّرعَ وإلاّ فلا،..............................

مطلبٌ: باعَ عَقاراً وأحدُ أقاربِهِ حاضرٌ لا تُسمَعُ دعواهُ

الثّامنُ: سماعُ الدَّعوى قبلَ مُضيِّ المدَّةِ المحدودةِ مُقيَّدٌ بما إذا لم يَمنَعْ مِنه مانعٌ آخَرُ يدُلُّ على عَدَمِ الحَقِّ ظاهراً؛ لِما سيأتي[1] في مسائلَ شتّى آخِرَ الكتابِ: ((مِن أنَّه لو باعَ عَقاراً أو غيرَهُ وامرأتُهُ أو أحدُ أقاربِهِ حاضرٌ يَعلَمُ به، ثمَّ ادَّعى ابنُهُ مثلاً أنَّه مِلْكُهُ لا تُسمَعُ دعواهُ، وجُعِلَ سكوتُهُ كالإفصاحِ قَطْعاً للتَّزويرِ والحِيَلِ، بخلافِ الأجنبيِّ، فإنَّ سكوتَهُ ولو جاراً لا يكونُ رضا إلاّ إذا سكَتَ الجارُ وقتَ البَيعِ والتَّسليمِ وتَصَرُّفِ المشتري فيه زَرْعاً وبناءً فلا تُسمَعُ دعواهُ على ما عليه الفتوى قَطْعاً للأطماعِ الفاسدةِ)) اهـ. وأطالَ في تحقيقِهِ في "الخيريَّة"[2] مِن كتابِ الدَّعوى، فقد جعَلُوا مجرَّدَ سكوتِ القريبِ أوِ الزَّوجةِ عندَ البَيعِ مانعاً مِن دعواهُ بلا تقييدٍ باطِّلاعِهِ على تصرُّفِ المشتري كما أطلَقَهُ في "الكنز"[3] و"الملتقى"[4]، وأمّا دعوى الأجنبيِّ ولو جاراً فلا بدَّ في مَنْعِها مِنَ السُّكوتِ بعدَ الاطِّلاعِ على تصرُّفِ المشتري، ولم يُقيِّدوهُ بمدَّةٍ، وقد أجابَ "المصنِّف" في "فتاواه"[5] فيمَن له بيتٌ يسكنُهُ مدَّةً تزيدُ على ثلاثِ سنينَ ويتصرَّفُ فيه هَدْماً وعَمارةً مع اطِّلاعِ جارِهِ على ذلكَ: ((بأنَّه لا تُسمَعُ دعوى الجارِ عليه البيتَ أو بعضَهُ على ما عليه الفتوى))، وسيأتي[6] تمامُ الكلامِ على ذلكَ آخِرَ الكتابِ في مسائلَ شتّى قبيلَ الفرائضِ إنْ شاءَ اللهُ تعالى، فانظُرْهُ هناكَ فإنَّه مهمٌّ.

مطلبٌ: طاعةُ الإمامِ واجبةٌ

[٢٦٤٣١] (قولُهُ: أَمْرُ السُّلطانِ إنَّما ينفُذُ) أي: يُتَّبَعُ ولا تَجُوزُ مُخالَفَتُهُ، وسيأتي[7] قبيلَ

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٩٨١] قوله: ((باعَ عقَاراً إلخ)).

(٢) "الفتاوى الخيرية": ٤٨/٢.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": مسائل شتّى ٣٦٠/٢.

(٤) "ملتقى الأبحر": مسائل شتي ٣٣٩/٢.

(٥) لم نعثر على المسألة في مظانها من مخطوطة "فتاوى المصنف" التي بين أيدينا.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٩٨٩] قوله: ((بخلافِ الأجنبيِّ)).

(٧) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٧٥٠] قوله: ((عَدْلٌ)).

"أشباه"[١] مِن القاعدةِ الخامسةِ وفوائدَ شتّى، فلو أمَرَ قُضاتَهُ بتحليفِ الشُّهودِ وجَبَ على العلماءِ أنْ ينصحُوهُ ويقولوا له: لا تُكلِّفْ قُضاتَكَ إلى أمرٍ يلزَمُ مِنه سُخْطُكَ أو سُخْطُ الخالقِ تعالى. ....

الشَّهاداتِ عندَ قولِهِ: ((أمَرَكَ قاضٍ بقَطْعٍ أو رَجْمٍ إلخ)) التَّعليلُ بوجوبِ طاعةِ وليِّ الأمرِ. وفي "ط"[٢] عن "الحمَويِّ"[٣]: ((أنَّ صاحبَ "البحر"[٤] ذكَرَ ناقلاً عن أئمَّتنا: أنَّ طاعةَ الإمامِ في غيرِ معصيةٍ واجبةٌ[٥]))، فلو أمرَ بصومِ يومٍ وجَبَ اهـ. وقدَّمنا[٦] أنَّ السُّلطانَ لو حكَمَ بينَ الخَصمينِ ينفُذُ في الأصحِّ، وبه يُفتى.

[٢٦٤٣٢] (قولُهُ: يلزَمُ مِنه سُخْطُكَ) أي: إنْ عَصَوكَ، وسُخْطُ الخالقِ، أي: إنْ أطاعُوكَ. اهـ "ح"[٧] عن "الأشباه"[٨]. وفي ((سُخْطُ)) ضَمُّ المهملةِ مع سكونِ الخاءِ المعجمةِ وفتحُهما، ونُقِلَ عن "الصَّيرفيَّة": ((جوازُ التَّحليفِ))، وهو مُقيَّدٌ بما إذا رآهُ القاضي جائزاً، أي: بأنْ كان

(قولُهُ: ونُقِلَ عن "الصَّيرفيَّة" جوازُ التَّحليفِ إلخ) مُقتضى ما في "الصَّيرفيَّة" جوازُ أمرِهِ بالتَّحليفِ لكونِهِ

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الأول: القواعد الكلية ـ النوع الثاني ـ القاعدة الخامسة: تصرُّفُ الإمامِ على الرَّعيَّة مَنُوطٌ بالمصلحة صـ١٣٨ـ بتصرف، والفن الثالث ـ فوائد شتى صـ٤٦٢ـ نقلاً عن "فتاوى قاضيخان".

(٢) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/٢٠٣.

(٣) "غمز عيون البصائر": الفن الأول: القواعد الكلية ـ النوع الثاني ـ القاعدة الخامسة: تصرُّفُ الإمامِ على الرَّعيَّة مَنُوطٌ بالمصلحة ١/٣٧٣.

(٤) "البحر": كتاب السير ـ باب البغاة ٥/١٥٢، والمراد بـ: ((أئمتنا)) هنا صاحب "البدائع".

(٥) هنا انتهت عبارة "البحر" كما في مطبوعته.

(٦) المقولة [٢٦٠٣٣] قوله: ((وإنْ تعيَّنَ له)).

(٧) "ح": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٣١٠/أ.

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٨ـ، نقلاً عن "فتاوى القاعدي" و"خزانة المفتين".

قضاءُ الباشا وكتابُهُ إلى القاضي جائزٌ إنْ لم يكنْ قاضٍ مُولًّى مِن السُّلطانِ. الحاكمُ كالقاضي إلاّ في أربعَ عشرَةَ[1] مسألةً ذكَرْناها في "شرح الكنز"، يعني: في[2] "البحر"[3].

ذا رأيٍ، أمّا إذا لم يكنْ له رأيٌ فلا، "ط"[4] عن "أبي السُّعود". والمرادُ بالرّأيِ: الاجتهادُ.

[٢٦٤٣٣] (قولُهُ: قضاءُ الباشا إلخ) قدَّمنا[5] الكلامَ عليه قبيلَ قولِ "المصنِّف": ((لا يُقضَى على غائبٍ ولا له)).

[٢٦٤٣٤] (قولُهُ: الحاكمُ كالقاضي) في بعضِ النُّسَخِ[6]: ((المُحكَّمُ))، وهو الذي في "البحر"[7] و"الأشباه"[8].

[٢٦٤٣٥] (قولُهُ: إلاّ في أربعَ عشرَةَ مسألةً) سيأتي[9] في آخرِ بابِ التَّحكيمِ: ((أنّه في "البحر" عدَّها سبعَ عشرَةَ[10]))، ويأتي بيانُهُ هناك مع زيادةٍ [٣/ق٢٢٦/أ] عليها.

[٢٦٤٣٦] (قولُهُ: ذكَرْناها) مِن كلامِ "الأشباه"[11].

مَحلَّ اجتهادٍ، وإذا كان القاضي مُقلّداً لِمَن يَراهُ يُحلِّفُ، لكنْ في "السِّنديِّ" نقلاً عن "الكَردريِّ": ((تحليفُ المُدَّعي والشّاهدِ أمرٌ منسوخٌ باطلٌ، والعملُ به حرامٌ)). وفي "التَّهذيبِ": ((وفي زماننا لَمّا تعذَّرَتِ التَّزكيةُ بغلَبَةِ الفِسقِ اختارَ القُضاةُ استحلافَ الشُّهودِ كما اختارَهُ "ابنُ أبي ليلى"؛ لحصولِ غلَبَةِ الظَّنِّ)).

---

(١) في "د" و"و" و"ب": ((أربعة عشر)) وما أثبتناه من "ط" هو الصواب.

(٢) ((في)) ليست في "د" و"و".

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٧/٧ ـ ٢٨، والمسائل فيه سبع عشرة وكما ذكر ابن عابدين رحمه الله.

(٤) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢٠٣/٣.

(٥) المقولة [٢٦٣٥٩] قوله: ((قلتُ: وأمَّا الأميرُ إلخ)).

(٦) كما في نسخة "و".

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٧/٧.

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٠ـ، وعبارته في المطبوعة التي بين أيدينا: ((الحاكم كالقاضي)).

(٩) صـ٥٤٥ـ "در".

(١٠) في النسخ جميعها: ((سبعة عشر))، وما أثبتناه هو الصواب.

(١١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٠ـ .

وفي الفصلِ الأوَّلِ مِن "جامع الفصولين"[١]: ((القاضي بتأخيرِ الحُكمِ يأثَمُ، ويُعْزَلُ ويُعَزَّرُ[٢]،)). وفي "الأشباه"[٣]: ((لا يَجُوزُ للقاضي تأخيرُ الحُكمِ بعدَ وجودِ شرائطِهِ إلاّ في ثلاثٍ: لرِيْبَةٍ، ولرجاءِ صُلْحِ أقاربَ، ....

[٢٦٤٣٧] (قولُهُ: ويُعزَلُ) أي: يَستحِقُّ العَزْلَ كما في "الزَّيلعيِّ"[٤].

[مطلبٌ: لا يجوزُ للقاضي تأخيرُ الحُكمِ إلاّ في ثلاثٍ]

[٢٦٤٣٨] (قولُهُ: لرِيْبَةٍ) أي: إذا كان له رِيْبَةٌ في الشُّهودِ، ومِنها: ثلاثةٌ شَهِدُوا عندَهُ، ثمَّ قال أحدُهم قبلَ القضاءِ: أستغفِرُ اللهَ كَذَبتُ في شهادتي، فسَمِعَهُ القاضي بلا تعيينِ شَخْصِهِ، فسألهم فقالوا: كلُّنا على شهادتِنا، فإنَّه لا يقضي بشهادتِهم، ويُخرِجُهم مِن عندِهِ حتّى ينظُرَ في ذلك، "بيريّ"[٥].

[٢٦٤٣٩] (قولُهُ: ولرجاءِ صُلْحِ أقارِبَ) وكذا الأجانبُ؛ لأنَّ القضاءَ يُورِثُ الضَّغينةَ، فيتحرَّزُ عنه مهما أمكَنَ، "ط"[٦] عنِ الشَّيخِ "صالحٍ"[٧]. وفي "البيريِّ"[٨] عن "خزانة الأكمل": ((إذا طَمِعَ القاضي في إرضاءِ الخَصمينِ لا بأسَ بردِّهما[٩]، ولا يُنفِّذُ القضاءَ بينَهما لعلَّهما يصطَلِحانِ، ولا يرُدُّهما أكثرَ مِن مرَّتينِ، وإنْ لم يطمَعْ أَنفَذَ القضاءَ)) اهـ.

---

(١) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء ١/١٣.

(٢) في "ب" و"ط": ((ويعزّر ويعزل))، وما أثبتناه من بقية النسخ موافق لما في "جامع الفصولين".

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٦٧ـ.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الرجوع عن الشهادة ٤/٢٤٤.

(٥) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق١٣٢/أ بتصرف.

(٦) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣/٢٠٤.

(٧) لعله الشيخ صالح بن المصنف التمرتاشيّ صاحب "زواهر الجواهر" على "الأشباه والنظائر" (ت١٠٥٥هـ)، وتقدمت ترجمته ٨/٣٧١.

(٨) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق١٣٢/أ.

(٩) في النسخ جميعها: ((بردهم)) بضمير الجمع، وما أثبتناه هو الأنسب، ومثله في "ط".

وإذا استمهَلَ المُدَّعي. لا يَصِحُّ رجوعُهُ عن قضائهِ إلاّ في ثلاثٍ[1]: ....

٣٤٤/٤

[٢٦٤٤٠] (قولُهُ: وإذا استمهَلَ المُدَّعي) أرادَ أنَّ المُدَّعي إذا استمهَلَ مِن القاضي حتّى يُحضِرَ بيِّنةً فإنَّه يُمهِلُهُ، وكذا إذا أقامَ البيِّنةَ، ثمَّ إنَّ المُدَّعَى عليه استمهَلَ مِن القاضي حتّى يأتيَ بالدَّفعِ فإنَّه يُجيبُهُ، ولا يَعجَلُ بالحُكمِ. اهـ. وهذا بعدَ أنْ يسألَهُ عنِ الدَّفعِ وكان صحيحاً، فلو فاسداً لا يُمهِلُهُ ولا يَلتفِتُ إليه كما في "قاضي خان"[2]، "بيريّ"[3].

قلتُ: وسيأتي[4] قبيلَ بابِ دعوى الرَّجلين: ((أنَّه لو قال المُدَّعَى عليه: لي دَفْعٌ يُمهَلُ إلى المجلسِ الثّاني))، وزادَ "البيريُّ"[5] عن "الخلاصة"[6] مسألةً أُخرَى يُؤخِّرُ فيها: ((إذا لم يعتمِدْ على فتوى أهلِ مِصْرِهِ، فبعَثَ الفتوى إلى مِصْرٍ آخَرَ لا يأثَمُ بتأخيرِ القضاءِ)).

مطلبٌ: لا يَصِحُّ رجوعُ القاضي عن قضائهِ إلاّ في ثلاثٍ

[٢٦٤٤١] (قولُهُ: لا يَصِحُّ رجوعُهُ عن قضائهِ) فلو قال: رجَعتُ عن قضائي، أو وقَعتُ في تلبيسِ الشُّهودِ، أو أبطَلتُ حُكمي لم يَصِحَّ، والقضاءُ ماضٍ كما في الخانيَّة[7]، "أشباه"[8]. قيَّدَ بالرُّجوعِ لأنَّه لو أنكَرَ القضاءَ وقال الشُّهودُ: قضَى فالقولُ له على المفتى به، ذكَرَهُ "ابنُ الغَرْسِ"، وقدَّمنا[9] أوَّلَ القضاءِ عن "جامع الفصولين" اعتمادَ خلافِهِ في زماننا.

(قولُهُ: أرادَ أنَّ المُدَّعي إذا استمهَلَ مِن القاضي حتّى يُحضِرَ بيِّنةً إلخ) صدرُ عبارةِ "البيريِّ" هكذا: ((قال "الخَصّافُ": وأجعَلُ لِمَن يطلُبُ حَقّاً غائباً أو شاهداً أَمَداً ينتهي إليه، أرادَ أنَّ إلخ))، وبهذا يتَّضِحُ الحالُ.

(قولُهُ: وزادَ "البيريُّ" عن "الخلاصة" إلخ) لا حاجةَ لزيادةِ ما في "الخلاصة"، فإنَّ المرادَ بالرِّيْبةِ ما يشمَلُ الرِّيْبةَ في الحُكمِ.

---

(١) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٨ـ.

(٢) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده ٤٣٧/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق١٣٢/أ بتصرف.

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧٨٨٨] قوله: ((يُمهَلُ إلى المَجلِسِ الثّاني)).

(٥) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق١٣٢/أ بتصرف.

(٦) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل التاسع في الحبس ق٢١٠/ب

(٧) لم نعثر على المسألة في مظانّها من في مطبوعة "الخانية" التي بين أيدينا .

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٨ـ.

(٩) المقولة [٢٥٩٣٣] قوله: ((وطريقُ)).

لو بعِلمِهِ، أو ظهَرَ خطأهُ، أو بخلافِ مذهبِهِ. فِعلُ القاضي حُكمٌ،...............

مطلبٌ في حُكمِ القاضي بعِلمِهِ

[٢٦٤٤٢] (قولُهُ: لو[1] بعِلمِهِ) كما إذا اعترَفَ عندَهُ شخصٌ لآخرَ بمبلغٍ وغابا عنه، ثمَّ تداعَى عندَهُ اثنانِ، فحكَمَ على أحدِهما ظانّاً أنّه ذلك المُعترِفُ، ثمَّ تبيَّنَ له أنَّه غيرُهُ له نَقْضُهُ، وتمامُهُ في "شرح الوهبانيَّة"[2]. وهذا مبنيٌّ على أنَّ للقاضي العملَ بعِلمِهِ، والفتوى على عَدَمِهِ في زمانِنا كما نقَلَهُ في "الأشباه"[3] عن "جامع الفصولين"[4]. وقيَّدَ بـ((زمانِنا)) لفسادِ القُضاةِ فيه، وأصلُ المذهبِ الجوازُ، وسيأتي[5] تمامُهُ في بابِ كتابِ القاضي إلى القاضي.

[٢٦٤٤٣] (قولُهُ: أو ظهَرَ خطأهُ) تقدَّمَ[6] بيانُهُ عندَ قولِهِ: ((ولو قضَى بالجَوْرِ)).

[٢٦٤٤٤] (قولُهُ: أو بخلافِ مذهبِهِ) تقدَّمَ بيانُهُ[7] عندَ قولِهِ: ((قضَى في مُجتهَدٍ فيه بخلافِ رأيِهِ)).

مطلبٌ: فِعلُ القاضي حُكمٌ

[٢٦٤٤٥] (قولُهُ: فِعلُ القاضي حُكمٌ إلخ) كذا في "الأشباه"[8] تفريعاً[9] واستثناءً، وذكَرَ في "البحر"[10] أوَّلَ كتابِ القضاءِ: ((أنَّ[11] فِعلَ القاضي على وجهينِ:

---

(١) في "م": ((ولو))، وهو خطأ.

(٢) انظر "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ٢٩٨/١.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٦٢ـ.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء ١٩/١.

(٥) صـ٥٧١ـ وما بعدها "در".

(٦) صـ٥٠٠ـ "در".

(٧) صـ٤٦٤ـ "در".

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٨ـ.

(٩) في "الأصل": ((تعريفاً))، وهو تحريف.

(١٠) "البحر": كتاب القضاء ٢٧٩/٦.

(١١) ((أنّ)) ليست في "ب" و"م".

....

الأَوَّلُ: ما لا يكونُ مَوضِعاً للحُكمِ كما لو أَذِنَتْهُ مُكلَّفةٌ بتزويجِها فزوَّجَها، فإنَّه وكيلٌ عنها، ففِعلُهُ ليس بحُكمٍ كما في "القاسميَّة"[(١)].

الثّاني: ما يكونُ مَحلاً للحُكمِ كتزويجِ صغيرةٍ لا وليَّ لها، وشرائهِ وبَيْعِهِ مالَ اليتيمِ، وقِسمتِهِ العَقارَ ونحوِ ذلك، فجزَمَ في "التَّجنيس": بأنَّه حُكمٌ. وكذا تزويجُهُ اليتيمةَ مِن ابنِهِ، ورَدَّهُ في نكاحِ "الفتح"[(٢)]: بأنَّ الأَوجَهَ أنَّه ليس بحُكمٍ؛ لانتفاءِ شرطِهِ، أي: مِن الدَّعوى الصَّحيحةِ، وبأنَّ إلحاقَهُ بالوكيلِ يكفي للمَنعِ، يعني: أنَّ الوكيلَ بالنِّكاحِ لا يَملِكُ التَّزويجَ مِن ابنِهِ، فالقاضي بمنزلتِهِ، فيُغني ذلك عن كونِهِ حُكماً. وعلى هذا فقولُهم ـ: شراءُ القاضي مالَ اليتيمِ أو شيئاً مِن الغنيمةِ لنفسِهِ لا يَجُوزُ؛ لأنَّه حُكمٌ لنفسِهِ ـ خلافُ الأَوجَهِ؛ لأنَّ إلحاقَهُ بالوكيلِ للمَنعِ مُغْنٍ عن كونِهِ حُكماً؛ لأنَّ شراءَ الوكيلِ لنفسِهِ باطلٌ.

مطلبٌ: القضاءُ القوليُّ يحتاجُ للدَّعوى، بخلافِ الفِعليِّ والضِّمنيِّ

لكنْ لَمّا كثُرَ في كلامِهم كونُ فِعلِهِ حُكماً فالأَولى أنْ يُقالَ تصحيحاً لكلامِهم: إنَّ الحُكمَ القوليَّ يحتاجُ إلى الدَّعوى، والفِعليَّ لا، كالقضاءِ الضِّمنيِّ[(٣)] لا يحتاجُ إليها، وإنَّما [٣/ق٢٢٦/ب]

(قولُهُ: ورَدَّهُ في نكاحِ "الفتح" بأنَّ الأَوجَهَ أنَّه ليس بحُكْمٍ إلخ) في "البزّازيّة" أوَّلَ القضاء: ((أَمَرَ القاضي إنساناً بالقِسْمةِ في الرُّسْتاقِ يَصِحُّ؛ لأنَّها ليستْ مِن أعمالِ القضاءِ، وكذا إذا خَرَجَ إلى الرُّسْتاقِ ونَصَبَ قَيِّماً في مالِ الصَّغيرِ أو الوَقْفِ أو أَذِنَ بالنِّكاحِ لأنَّه ليس بقضاءٍ، ولا مِن أعمالِهِ، والمصرُ شرطٌ للقضاءِ في "ظاهر الرِّواية" لا لغيرِهِ، قال صاحب "المحيط": وهذا مُشكِلٌ عندي؛ لأنَّ القاضيَ إنَّما يَفعَلُ ذلك بولايةِ القضاءِ[(٤)] حتّى لو لم يُؤذَنْ له في ذلك لا يَملِكُ، فينبغي أنْ لا يُشتَرَطَ في المصرِ على "ظاهر الرِّواية"، وفي "فتاوى الدِّيناريِّ": المَحدُودُ إذا لم يكنْ في وِلايةِ القاضي ولكنْ في وِلايةِ مَن قَلَّدَهُ يَصِحُّ حُكْمُهُ)) اهـ. وقال "أبو السُّعود" نَقْلاً عن "أحكام الصِّغار"[(٥)]: ((نَصْبُ الوَصيِّ ليس بقضاءٍ، ولكنَّه مِن أعمالِهِ)).

---

(١) أي: "فتاوى العلامة قاسم بن قطلوبغا" (ت٨٧٩هـ)، وتقدمت ترجمتها ٢/ ٣٤.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/ ١٨٣ بتصرف.

(٣) في "الأصل": ((الضمين))، وهو تحريف.

(٤) في مطبوعة "التقريرات": ((لقضاء))، وهو خطأ.

(٥) في مطبوعة "التقريرات": ((الصفار)).

يحتاجُها القصديُّ، ويدخُلُ الضِّمنيُّ تَبَعاً، وقال "محمَّدٌ" في "الأصل": لو طلَبَ الوَرَثةُ القِسمةَ للعَقارِ وفيهم غائبٌ أو صغيرٌ قال "الإمامُ": لا أَقسِمُ ما لم يُبرهِنُوا على الموتِ والمواريثِ، ولا أَقضي على الغائبِ والصَّغيرِ بقولِهم؛ لأنَّ قِسمةَ القاضي قضاءٌ مِنه، وقالا: يَقسِمُ اهـ. وهذا قاطعٌ للشُّبهةِ، فتعيَّنَ الرُّجوعُ إلى الحَقِّ)). اهـ ما في "البحر" مُلخَّصاً.

وحاصلُهُ: أنَّ ما في "الأصل" لايمكنُ إلحاقُهُ بالوكيلِ في المنعِ مِن القِسمةِ، فتعيَّنَ أنَّ العلَّةَ ما نصَّ عليها مِن كونِ فِعلِهِ حُكماً، وتعيَّنَ التَّوفيقُ بما ذكَرَ: مِن أنَّ القضاءَ الفِعليَّ لا يحتاجُ إلى الدَّعوى كالضِّمنيِّ، بخلافِ القوليِّ القصديِّ[١]، وبه اندفَعَ ما مرَّ[٢] عن "الفتح" مِن قولِهِ: ((لانتفاءِ شرطِهِ))، واندفَعَ أيضاً قولُ "ابنِ الغَرْس": ((إنَّ الصَّوابَ أنَّ الفعلَ لا يكونُ حُكماً[٣])). نَعَمْ، قال في "النَّهر"[٤]: ((مِمّا يدُلُّ على أنَّه ليس بحُكمٍ إثباتُهم خِيارَ البلوغِ للصَّغيرِ والصَّغيرةِ بتزويجِ القاضي على الأصحِّ؛ إذ لو كان تزويجُهُ حُكماً لَزِمَ نَقْضُهُ)) اهـ.

قلتُ: وقد يُقالُ: إنَّ معنى كونِهِ حُكماً أنَّه إذا زوَّجَ اليتيمةَ ليس لغيرِهِ نَقْضُهُ كما أفتى به "ابنُ نجيمٍ"[٥]، أي: لو رُفِعَ إلى حاكمٍ آخَرَ لا يَراهُ ليس له نَقْضُهُ، بل عليه تنفيذُهُ؛ لأنَّ الحُكمَ يرفَعُ الخلافَ، ولا يلزَمُ مِن هذا أنَّه ليس لها خِيارُ البلوغِ كما لو زوَّجَها عَصبةٌ غيرُ الأبِ والجَدِّ وحكَمَ به القاضي، فإنَّ حُكمَهُ بصحَّةِ العَقدِ لا يُنافي ثُبوتَ خِيارَ البلوغِ كما لا يخفَى، فكذا هنا بالأَولى.

مطلبٌ في القضاءِ الضِّمنيِّ

(تتمَّةٌ)

قال في "الأشباه"[٦]: ((القضاءُ الضِّمنيُّ لا تُشترَطُ له الدَّعوى والخُصومةُ، فإذا شَهِدا على

(١) في "الأصل": ((والقصدي)).

(٢) في هذه المقولة.

(٣) ((حكما)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٦/ب بتصرف.

(٥) "فتاوى ابن نجيم": كتاب النكاح صـ٢٣ـ (هامش "الفتاوى الغياثية") .

(٦) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٦ـ.

فلو زوَّجَ اليتيمةَ مِن نفسِهِ أوِ ابنِهِ لم يَجُزْ إلاّ في مسألتينِ: إذا أَذِنَ الوليُّ للقاضي بتزويجِها كان وكيلاً، وإذا أَعطى فقيراً مِن وقفِ الفقراءِ كان له إعطاءُ غيرِهِ......

خَصمٍ بحَقٍّ وذَكَرا اسمَهُ واسمَ أبيهِ وجَدِّهِ وقضَى بذلك الحَقِّ كان قضاءً بنسَبِهِ ضِمناً وإنْ لم يكنْ في حادثةِ النَّسبِ)) اهـ. أي: إذا كان المشهودُ عليه غيرَ مُشارٍ إليه، فلو مُشاراً إليه لا يثبُتُ نسبُهُ كما أوضَحَهُ "الحمَويُّ"[1]، ثمَّ قال في "الأشباه"[2]: ((وعلى هذا: لو شَهِدا بأنَّ فُلانةً زوجةَ فُلانٍ وكَّلَت زوجَها فُلاناً في كذا على خَصمٍ مُنكِرٍ وقضَى بتوكيلِها كان قضاءً بالزَّوجيَّةِ بينَهما، وهي حادثة الفتوى، ونظيرُهُ ما في "الخلاصة"[3] مِن طريقِ الحُكمِ بثُبُوتِ الرَّمَضانيَّةِ: أنْ يُعلِّقَ رجلٌ وكالةَ فُلانٍ بدخولِ رمضانَ، ويدَّعي بحَقٍّ على آخرَ ويتنازَعا في دخولِهِ، فتُقامُ البيِّنةُ على رؤياهُ، فيثبُتُ رمضانُ ضِمنَ ثُبوتِ التَّوكيلِ. وأصلُ القضاءِ الضِّمنيِّ ما ذكَرَهُ أصحابُ المتونِ: مِن أنَّه لوِ ادَّعَى كفالةً على رجلٍ بمالٍ بإذنِهِ فأقرَّ بها وأنكَرَ الدَّينَ، فبَرهَنَ على الكفيلِ بالدَّينِ وقضَى عليه بها كان قضاءً عليه قصداً وعلى الأصيلِ الغائبِ ضِمناً، وله فروعٌ وتفاصيلُ ذكَرْناها في "الشَّرحِ"[4])) اهـ. ٤/٣٤٥

[٢٦٤٤٦] (قولُهُ: إلاّ في مسألتينِ إلخ) استثناءٌ مِن قولِهِ: ((فِعلُ القاضي حُكمٌ))، ووجهُ الأُولى: أنَّ فِعلَهُ بطريقِ الوكالةِ، ووجهُ الثّانيةِ: أنَّ فِعلَهُ كفِعلِ الواقفِ، فلقاضٍ آخَرَ[5] نَقْضُهُ كما في "منتخب المحيط الرَّضويِّ"[6]، وقيَّد ذلك فيه بقيدينِ عن بعضِ المشايخِ، فإنه قال:

(قولُهُ: قال في "الأشباه": وعلى هذا: لو شَهِدا بأنَّ فُلانةً إلخ) قال "البيريُّ": ((هذا التَّفريعُ مُخالِفٌ للمنقولِ فلا يُعوَّلُ عليه)) اهـ مِن "هبة الله".

---

(١) "غمز عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ٣٨٤/٢.

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٦ـ.

(٣) "الخلاصة": كتاب الشهادات ـ الفصل الثاني في الشهادة ما يقبل منها وما لا يقبل ـ جنس آخر في الرمضانية والعيد ق٢١٦/ب بتصرف.

(٤) أي: "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧ وما بعدها.

(٥) في "آ": ((فللقاضي الآخر)).

(٦) المسمى "بالوجيز"، والمعروف بـ: "مختصر المحيط"، وهو للخبازي (ت٦٩١هـ)، وتقدمت ترجمته ٤٥٨/١.

أَمْرُ القاضي حُكمٌ، إلاّ في مسألةِ الوقفِ المذكورةِ[١] فأَمْرُهُ فتوى، فلو صرَفَ لغيرِهِ صحَّ. القاضي يُحلِّفُ غريمَ الميْتِ..............................

((وإنْ أَعطى القاضي بعضَ القَرابةِ ـ أي: فقيراً مِن قَرابةِ الواقفِ ـ ولم يَقْضِ له بذلك، ولم يَجعَلْهُ راتبةً في الوقفِ كان لقاضٍ آخَرَ نَقْضُهُ)). لكنْ ذكَرَ في "الأشباه"[٢] مِن القاعدةِ الخامسةِ: ((أنَّ تقريرَ القاضي المُرتَّباتِ غيرُ لازمٍ إلاّ إذا حكَمَ بعَدَمِ تقريرِ غيرِهِ، فحينئذٍ يلزَمُ، وهي في "الخَصّاف"[٣]))، أفادَهُ "البيريُّ"[٤].

مطلبٌ: أَمْرُ القاضي حُكمٌ

[٢٦٤٤٧] (قولُهُ: أَمْرُ القاضي حُكمٌ) قدَّمنا[٥] أوَّلَ القضاءِ أنَّهم اتَّفقوا على أنَّ أَمْرَهُ بحبسِ المُدَّعَى عليه بالحَقِّ كأَمْرِهِ بالأَخْذِ مِنه، وعلى أنَّ أَمْرَهُ بصرفِ كذا مِن وقفِ الفقراءِ إلى فقيرٍ مِن قَرابةِ الواقفِ ليس بحُكمٍ، حتّى لو صرَفَهُ إلى فقيرٍ آخَرَ صحَّ. واختَلَفُوا في قولِهم: سلِّمِ الدّارَ، وتمامُ الكلامِ عليه في "البحر"[٦] و"النَّهر"[٧] هناك.

مطلبٌ: يُحلِّفُ القاضي غريمَ الميْتِ

[٢٦٤٤٨] (قولُهُ: القاضي يُحلِّفُ غريمَ الميْتِ) لم يُبيِّنْ أنَّ هذا التَّحليفَ واجبٌ أم لا، وتوقَّفَ فيه "المقدِسيُّ"، لكنْ قال في "الخلاصة"[٨] عن "أدب القاضي" لـ"الخَصّاف"[٩]:

---

(١) صـ٢٢٥ـ "در".

(٢) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الأول: القواعد الكلية ـ النوع الثاني من القواعد ـ القاعدة الخامسة: تصرُّفُ الإمام على الرعية منوط بالمصلحة صـ١٤٠ـ بتصرف.

(٣) "أحكام الأوقاف": باب الرجل يقف الأرض في أبواب البر أو في الحج أو في ابن السبيل إلخ صـ٢٣٧ـ.

(٤) "عمدة ذوي البصائر": الفنُّ الأول: القواعد الكلية ـ المبحث الثالث ـ القاعدة الخامسة تصرُّفُ الإمام على رعيَّته منوطٌ بالمصلحة ق٣٧/أ.

(٥) المقولة [٢٥٩٢٨] قوله: ((حُكمٌ)).

(٦) انظر "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٧٨.

(٧) انظر "النهر": كتاب القضاء ق٤٢٦/أ.

(٨) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل السابع في اليمين ـ جنس آخر ـ فيما يجري فيه الاستحلاف وفيما لا يجري ق٢٠٦/أ.

(٩) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثالث والستون في ما يجوز من فعل الوصي ٣/٣٦٧ بتصرف.

....

((وأجمَعُوا على [٣/ق٢٢٧/أ] أنَّ مَنِ ادَّعَى دَيْناً على الميْتِ يُحلَّفُ مِن غيرِ طلَبِ الوصيِّ والوارثِ: باللهِ ما استوفَيتَ دَيْنَكَ مِن المديونِ ولا مِن أحدٍ أدّاهُ إليك عنه، ولا قَبَضَهُ قابضٌ ولا أبرأتَهُ ولا شيئاً مِنه، ولا أُحِلْتَ بذلك ولا بشيءٍ مِنه على أحدٍ، ولا عندَك به ولا بشيءٍ مِنه رهنٌ)) اهـ. وعلَّلَهُ "الصَّدر الشَّهيد"[١]: ((بأنَّ اليمينَ ليست للوارثِ هاهنا وإنَّما هي للتَّركةِ؛ لأنَّه قد يكونُ له غريمٌ آخَرُ أو مُوصًى له، فالحَقُّ في هذا في تَركةِ الميْتِ، فعلى القاضي الاحتياطُ في ذلك))، وقال قبلَهُ[١]: ((ولا يدفَعُ له شيئاً حتّى يَستحلِفَهُ)) اهـ. فحيثُ أجمَعُوا على تحليفِهِ وذكَرُوا أنَّه لا يدفَعُ إليه المالَ حتّى يُستحلَفَ ولم[٢] يفعَلْ ذلك لم تستَوفِ الدَّعوى شرطَها، فلا ينفُذُ حُكمُهُ بالدَّفعِ والقَبْضِ، والقاضي مأمورٌ بالحُكمِ بأصحِّ أقوالِ "الإمامِ"، فإذا حكَمَ بغيرِهِ لم يَصِحَّ، فكيف وقد أجمَعُوا على التَّحليفِ؟! وتمامُهُ في "الحامديَّة"[٣]. قال في "البحر"[٤] مِن الدَّعوى: ((ولا خصوصيةَ للدَّينِ، بل في كلِّ موضعٍ يدَّعي حَقّاً في التَّركةِ وأثبتَهُ بالبيِّنةِ))، وعزاهُ إلى "الولوالجيَّة"[٥]، ثمَّ قال[٦]: ((ولم أرَ حُكمَ مَنِ ادَّعَى أنَّه دفَعَ للميْتِ دَيْنَهُ وبرهَنَ، هل يُحلَّفُ؟ وينبغي أنْ يُحلَّفَ احتياطاً)) اهـ. قال مُحشِّيه "الرَّمليُّ": ((قد يُقالُ: إنَّما يُحلَّفُ في مسألةِ مُدَّعي الدَّينِ على الميْتِ احتياطاً؛ لاحتمالِ أنَّهم شَهِدُوا باستصحابِ الحالِ وقدِ استوفاهُ في باطنِ الأمرِ، وأمّا في مسألةِ دَفْعِ الدَّينِ فقد شَهِدُوا على حقيقةِ الدَّفعِ، فانتفَى الاحتمالُ المذكورُ)) اهـ. وهذا وجيهٌ كما لا يخفَى.

(تنبيهٌ)

قيَّدَ بالقاضي لأنَّ للوصيِّ أنْ يدفَعَ ذلك للمُقَرِّ له إذا أقرَّ به الميْتُ عندَهُ كما نصُّوا عليه، وتمامُهُ في "البيريِّ"[٧].

---

(١) "شرح أدب القاضي": الباب الثالث والستون فيما يجوز من فعل الوصيّ ٣٦٨/٣.

(٢) في "م": ((ولو لم)).

(٣) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ١٢/٢.

(٤) "البحر": كتاب الدعوى ٢٠٤/٧، وعبارته: ((لا خصوصية لدعوى الدين)).

(٥) "الولوالجية": كتاب الدعوى ـ الفصل الرابع فيما يحلف وفيما لا يحلف إلخ ١٩١/٤.

(٦) أي: صاحب "البحر": كتاب الدعوى ٢٠٤/٧.

(٧) انظر "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق١٤٦/ب.

ولو أقرَّ به المريضُ. لا يُقبَلُ قولُ أمينِ القاضي أنَّه حلَّفَ المُخدَّرةَ إلاّ بشاهدين. مَنِ اعتمَدَ على أَمْرِ القاضي الذي ليس بشرعيٍّ لم يَخرُجْ عنِ العُهْدةِ(١)) اهـ ....

[٢٦٤٤٩] (قولُهُ: ولو أقرَّ به المريضُ) أي: في مرضِ موتِهِ. قال في "التَّتارخانيَّة": ((وقال القاضي الإمامُ "أبو عليٍّ النَّسفيُّ": عَرَفْنا أنَّ الدَّينَ إذا تقادَمَ وجوبُهُ حتّى يُتوهَّمَ سقوطُهُ بهذه الأسبابِ فغريمُ الميْتِ يُستحلَفُ، وكُنّا نظُنُّ أنَّ الدَّينَ إذا ثبَتَ بإقرارِ المريضِ في مـرضِ موتِـهِ أنَّ الغريمَ لا يُستحلَفُ؛ لأنَّه ذكَرَ في "المبسوط"(٢) في مواضعَ: أنَّ المريـضَ إذا أقـرَّ في مرضِهِ بالدُّيونِ للغُرَماءِ فإنَّهم يُعطَونَ ذلك، ولم يَشترِطِ اليمينَ، و"الخَصّـافُ"(٣) ذكَـرَ اليمـينَ هنـا، وهذا شيءٌ استُفيدَ مِن جهتِهِ)) اهـ "بيريّ"(٤).

[٢٦٤٥٠] (قولُهُ: أنَّه حلَّفَ المُخدَّرةَ) هي التي لا تُخـالِطُ الرِّجـالَ وإنْ خرجَـت لحاجـةٍ وحَمّامٍ، كذا ذكَرَهُ "الشّارحُ" عن "القنية" في بابِ الشَّهادةِ على الشَّهادةِ(٥).

[٢٦٤٥١] (قولُـهُ: إلاّ بشـاهدينِ) هـذه عبـارة "الأشباه"(٦)، وظاهرُهـا: أنَّـه لا بـدَّ مِـن شاهدينِ غيرِ الأمينِ، وقدَّمَ(٧) عن "الصُّغرى": ((أنَّـه يُقبَـلُ قـولُ شاهدٍ معـه))، قـال الشَّـيخُ "صالحٌ"(٨): ((ولعلَّ ذلك لاختلافِ الرِّوايتين))، "ط"(٩).

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٨٢ـ.

(٢) انظر "المبسوط": كتاب الإقرار ـ باب إقرار المفاوضة بالدين ١٩٤/١٧، وباب الإقرار في المرض ٢٤/١٨ ـ ٢٦، وباب الإقرار في غير المرض ١٨٦/١٨، وكتاب المأذون الكبير ـ باب إقرار المأذون في مرض مولاه ٤٨/٢٦.

(٣) "الحيل": باب في فعل المريض صـ٩٢ـ، وقد ذكر الخصاف المسألة في "أدب القاضي" بدون ذكر اليمين انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: ٣٨٩/٢.

(٤) "عمدة ذوي البصائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق١٤٧/أ باختصار.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧١٥٥] قوله: ((أو كونِ المرأةِ مُخْدَرةً)).

(٦) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٨٠ـ.

(٧) أي: في "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٦٣ـ.

(٨) هو الشيخ صالح التمرتاشيّ (ت١٠٥٥هـ) صاحب "زواهر الجواهر على الأشباه والنظائر"، وتقدمت ترجمته ٣٧١/٨.

(٩) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢٠٥/٣.

وقدَّمنا[1] في الوقف عن "المنظومة المحبيَّة" مَعزيّاً لـ"المبسوط": ((أنَّ للسُّلطان مُخالَفةَ شرطِ الواقفِ لو غالِبُهُ قُرًى ومَزارِعَ، وأنَّه يُعمَلُ بأَمْرِهِ وإنْ غايَرَ الشَّرطَ))، فليُحفَظْ. **قلتُ:** وأجابَ "صُنعي أفندي"[2]: ((بأنَّه متى كان في الوقفِ سَعَةٌ ....

[٢٦٤٥٢] (قولُهُ: وقدَّمنا في الوقفِ إلخ) كان الأَولى ذِكرَهُ عندَ قولِهِ: ((أَمْرُ السُّلطانِ إنَّما ينفُذُ إلخ)).

مطلبٌ: أنَّ للسُّلطانِ مُخالَفةَ أَمْرِ الواقفِ لو غالِبُهُ قُرًى ومَزارِعَ[3]

[٢٦٤٥٣] (قولُهُ: أنَّ للسُّلطانِ مُخالَفةَ شرطِ الواقفِ) فيَجُوزُ له إحداثُ وظيفةٍ أو مُرتَّبٍ إذا كان المقرَّرُ في ذلك مِن مَصارِفِ بيتِ المالِ، "ط"[4].

[٢٦٤٥٤] (قولُهُ: لو غالِبُهُ قُرًى ومَزارِعَ) بأنْ كان الواقفُ له سلطاناً أو واحداً مِن الأُمَراءِ ولم يُعلَمْ تَملُّكُه لها بوجهٍ شرعيٍّ، ولذا علَّلَهُ "الشّارحُ" هناك[5] بقولِهِ: ((لأنَّ أصلَها لبيتِ المالِ))، وأفتى المفتي "أبو السُّعود أفندي": ((بأنَّ أوقافَ الملوكِ والأُمَراءِ لا يُراعَى شروطُها؛ لأنَّها مِن بيتِ المالِ أو ترجعُ إليه)) اهـ. وقدَّمنا[6] تمامَ الكلامِ على ذلك في الوقفِ.

[٢٦٤٥٥] (قولُهُ: وأجابَ "صُنعي أفندي") أي: عن سؤالٍ سُئِلَ عنه.

[٢٦٤٥٦] (قولُهُ: متى كان في الوقفِ سَعَةٌ) بفتحِ السِّينِ والعَينِ المهملتينِ، أي: بأنْ كانت غَلَّتُهُ وافرةً.

(قوله: لأنَّها مِن بيتِ المالِ أو ترجِعُ إليه) بأنْ كان الواقفُ رقيقَ بيتِ المالِ؛ لأنَّ في عِتقِهِ نظراً.

---

(١) في "ط": ((وقدمناه))، وانظر ٦٦٠/١٣ "در".

(٢) لعله مصطفى بن جعفر، شيخ الإسلام المعروف بصنع الله المفتي العمادي الرومي (ت١٠٢٢هـ). ("خلاصة الأثر" ٢٥٦/٢، "هدية العارفين" ٤٣٩/٢).

(٣) هذا المطلب من "د".

(٤) "ط": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٢٠٥/٣.

(٥) ٦٦٠/١٣ "در".

(٦) المقولة [٢١٧٧٢] قوله: ((ونقَلَ)).

ولم يُقصِّرْ في أداءِ خِدْمَتِهِ لا يُمنَعُ))، فتنبَّهْ. وفي "الوهبانيَّة"[١]: ((يُحبَسُ الوليُّ بدَيْنِ الصَّغيرِ حتّى يُوفِيَهُ أو يظهَرَ فقرُ الصَّغيرِ)). **قلتُ**: لكنْ قدَّمَ "شارحُها"[٢] عن "قاضي خان"[٣]: ((أنَّ[٤] الحُرَّ، والعبدَ، والبالغَ، والصَّبيَّ في الحَبسِ سواءٌ))، فيُتأمَّلُ[٥] نفيُهُ هنا، قالَهُ "الشُّرنبُلاليُّ"،..

[٢٦٤٥٧] (قولُهُ: ولم يُقصِّرْ) أي: ذو الوظيفةِ التي أحدَثَها السُّلطانُ.

[٢٦٤٥٨] (قولُهُ: لا يُمنَعُ) أي: مِن تناولِ ما قرَّرَهُ له.

مطلبٌ في حَبْسِ الصَّبيِّ

[٢٦٤٥٩] (قولُهُ: يُحبَسُ الوليُّ إلخ) في "البحر"[٦]: ((لا يُحبَسُ صبيٌّ على دَيْنِ الاستهلاكِ ولو له مالٌ مِن عُروضٍ وعَقَارٍ إذا لم يكنْ له أبٌ أو وصيٌّ، والرَّأيُ فيه للقاضي، فيأذَنُ في بَيْعِ بعضِ [ق٣/٢٢٧/ب] مالِهِ للإيفاءِ، ولو له أبٌ أو وصيٌّ يُحبَسُ إنِ امتنَعَ مِن قضاءِ دَيْنِهِ مِن مالِهِ، أي: مالِ الصَّبيِّ، ولا يُحبَسُ الصَّبيُّ إلاّ بطريقِ التَّأديبِ؛ لئلاّ يتجاسَرَ إلى مثلِهِ إذا باشَرَ شيئاً مِن أسبابِ التَّعدي قصداً، فلو خطأً فلا، كذا في كفالة "المبسوط"[٧]، وفي "المحيط": للقاضي حَبْسُ الصَّبيِّ التَّاجرِ تأديباً لا عقوبةً؛ لئلاّ يُماطِلَ حقوقَ العبادِ، فإنَّ الصَّبيَّ يُؤدَّبُ لينزَجرَ عنِ الأفعالِ الذَّميمةِ)) اهـ. ٤/٣٤٦

[٢٦٤٦٠] (قولُهُ: فيُتأمَّلُ نفيُهُ هنا) قد عَلِمتَ مِن عبارَتَي "المبسوط" و"المحيط" أنَّ نفيَهُ على وجهِ العُقوبةِ، وإثباتَهُ على وجهِ التَّأديبِ، وهو شاملٌ أيضاً للمأذونِ والمحجورِ، فافهمْ.

---

(١) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب أدب القاضي صـ٥٥ـ (هامش "المنظومة المحبية").

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ٢٩٢/١.

(٣) "الخانية": كتاب الدعوى والبينات ـ باب الدعوى ٣٧٤/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) ((أنَّ)) ليست في "د".

(٥) في "و": ((فليتأمل)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٧) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب الحبس في الدين ٩١/٢٠.

قال: ((وليس للقاضي البَيعُ مع وجودِ أبٍ أو وصيٍّ))، وهي فائدةٌ حسَنَةٌ.

قلتُ: وفي "القنية"[١]: ((ومتى باعا فللقاضي نَقْضُهُ لو أَصلَحَ)) كما نظَمَهُ[٢] "الشّارحُ"، فضَمَمتُهُ لـ"المتن" مُغيِّراً لبعضِهِ، فقلتُ:

ويُنقَضُ بَيْعٌ[٣] مِن أبٍ أو وصيِّهِ ... ولو مُصلِحاً والأَصلَحُ النَّقْضُ يُسْطَرُ

ويُحبَسُ في دَيْنٍ على الطِّفلِ والِدٌ ... .

[٢٦٤٦١] (قولُهُ: قال) أي: "الشُّرنبُلاليُّ"، وقد عزاهُ في "النَّهر"[٤] إلى "الطَّرَسوسيِّ"[٥] أَخْذاً مِن قولِ "المبسوط"[٦]: ((ولو له أبٌ أو وصيٌّ إلخ)).

[٢٦٤٦٢] (قولُهُ: فللقاضي نَقْضُهُ) أي: نَقْضُ بَيْعِ الأبِ والوصيِّ لوِ النَّقْضُ أَصلَحَ للصَّغيرِ.

[٢٦٤٦٣] (قولُهُ: كما نظَمَهُ "الشّارحُ") أي: "شارحُ الوهبانيَّة" القاضي "عبدُ البَرِّ بنُ الشِّحنة"[٧].

[٢٦٤٦٤] (قولُهُ: ولو مُصلِحاً) إنَّما ذكَرَهُ لأنَّهم صرَّحوا بأنَّ شرطَ بَيْعِ الأبِ عَقارَ الصَّغيرِ بمثلِ القيمةِ كونُهُ محموداً أو مستوراً، فلو كان مُفسِداً لا يَجُوزُ إلاّ بضِعفِ القيمةِ.

[٢٦٤٦٥] (قولُهُ: والأَصلَحُ النَّقْضُ) الواو للحالِ. وقولُهُ: ((يُسْطَرُ)) ـ بسكون السِّين ـ جملةٌ استئنافيَّةٌ.

[٢٦٤٦٦] (قولُهُ: ويُحبَسُ إلخ) أي: يُحبَسُ الوالدُ والوصيُّ في دَيْنٍ على الطِّفلِ لأجنبيٍّ إذا كان للطِّفلِ مالٌ وامتَنَعا مِن أدائِهِ كما عُلِمَ مِمّا مرَّ[٨].

---

(١) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب ولاية القاضي وتصرفاته على الغير ق١٢٩/ب بتصرف، نقلاً عن "النوازل" للسمرقندي.

(٢) في "و": ((نظم)).

(٣) في "د": ((بيعاً))، وهو تحريف.

(٤) "النهر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ق٤٣٢/ب.

(٥) "أنفع الوسائل": مسألة ما يكون حكماً من القاضي وما لا يكون إلخ صـ٢٣ـ بتصرف.

(٦) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب الحبس في الدين ٢٠/٩١.

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ١/٢٩٩.

(٨) المقولة [٢٦٤٥٩] قوله: ((يُحبَسُ الوليُّ إلخ)).

.... وصـيٌّ وللتَّـأديبِ بعــضٌ يُصــوِّرُ

وفي الدَّينِ لم يُحبَسْ أبٌ ومُكـاتَبٌ وعبدٌ لمولاهُ كَعَكْسٍ..........

[٢٦٤٦٧] (قولُهُ: وصيٌّ) على تقديرِ الواو العاطفة.

[٢٦٤٦٨] (قولُهُ: وللتَّأديـبِ إلخ) أي: وحَبْسُ الصَّبيِّ للتَّأديبِ بعضُ المشايخِ تصوَّرُوا.

[٢٦٤٦٩] (قولُهُ: وفي الدَّينِ لم يُحبَسْ أبٌ) تقدَّمت[1] هذه المسألةُ في قولِهِ: ((لا يُحبَسُ أصلٌ وإنْ عَلا في دَيْنِ فَرْعِهِ، بل يقضي القاضي دَيْنَهُ مِن عَيْنِ مالِهِ أو قيمتِـهِ إلـخ))، واحـترَزَ بالدَّينِ عنِ النَّفقةِ، فإنَّه يُحبَسُ بها كما مرَّ هناك[2].

[٢٦٤٧٠] (قولُهُ: ومُكاتَبٌ) بفتحِ التّاء، أي: لا يُحبَسُ المُكاتَبُ بدَينِ الكتابةِ، فإنْ كـان دَيْناً آخَرَ يُحبَسُ به للمولى، ومِنهم مَن منَعَهُ؛ لأنَّه يتمكَّنُ مِن إسقاطِهِ بالتَّعجيزِ، وصحَّحَـهُ في "المبسوط"[3]، وعليه الفتوى، "بحر"[4] عن "أنفع الوسائل"[5].

[٢٦٤٧١] (قولُهُ: وعبدٌ لمولاهُ) أي: لدَينِ مولاهُ، أطلَقَهُ "الزَّيلعيُّ"[6]. فظاهرُهُ: ولو كـان مديوناً، "بحر"[7].

[٢٦٤٧٢] (قولُهُ: كَعَكْسٍ) أي: عكسِ المُكاتَبِ والعبدِ، فلا يُحبَسُ المولَى بدَيْنِ مُكاتَبِهِ إنْ كـان مِن جنسِ بدَلِ الكتابةِ؛ لوقوعِ المُقاصَّةِ، وإلاّ يُحبَسُ؛ لتوقُّفِها على الرِّضا، ولا يُحبَسُ المولَى بدَيْنِ عبدِهِ المأذونِ غيرِ المديونِ، وإنْ مديوناً يُحبَسُ؛ لحَقِّ الغُرَماءِ، "بحر"[7]. وذكَرَهُ "الشّارحُ" بعدُ[8].

---

(١) صـ٤٠٥ـ "در".

(٢) صـ٤٠٣ـ وما بعدها "در".

(٣) "المبسوط": كتاب الكفالة ـ باب الحبس في الدين ٩٠/٢٠ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٥) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون صـ٣٤١ـ.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ١٨٢/٤.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٨) صـ٥٣٠ـ "در".

.... ومُعسِرُ

نَعَمْ، لوِ العبدُ مديوناً يُحبَسُ المولَى بدَيْنِهِ؛ لأنَّه للغُرَماءِ، وكذا يُحبَسُ بدَيْنِ مُكاتَبِهِ إلاّ فيما كان مِن جنسِ الكتابةِ، ففي عِتاقِ "الوهبانيَّة"(١):

وفي غيرِ جنسِ(٢) الحَقِّ يَحبِسُ سيِّداً مُكاتَبُهُ والعبدُ فيها مُخيَّرُ

مطلبٌ: جملةُ مَن لا يُحبَسُ عشرةٌ

[٢٦٤٧٣] (قولُهُ: ومُعسِرُ) أي: مَن ظهرَ إعسارُهُ بعدَ حَبْسِهِ المدَّةَ التي يَراها القاضي فلا يُحبَسُ بعدَها، وبهذا بلَغَ عددُ مَن لا يُحبَسُ سبعةً، أوَّلُها الصَّبيُّ، وكلُّها في النَّظمِ، وقد عَدَّها في "البحر"(٣) كذلك لكنَّه أَسقَطَ المُعسِرَ، وذكَرَ بدَلَهُ: ((العاقلةَ إنْ كان لهم عطاءٌ فلا يُحبَسونَ في دِيَةٍ وأَرْشٍ ويُؤخَذُ مِن العطاءِ، وإنْ لم يكنْ عَطاءٌ يُحبَسونَ))، ثمَّ قال(٢): ((ويُزادُ مسألتان: لا يُحبَسُ المديونُ إذا عَلِمَ القاضي أنَّ له مالاً غائباً، أو محبوساً مُوسِراً، فصارت تسعاً)) اهـ.

قلتُ: وبالمُعسِرِ صارت عشراً.

[٢٦٤٧٤] (قولُهُ: نَعَمْ إلخ) تقييدٌ لقولِهِ: ((كَعَكْسٍ)).

[٢٦٤٧٥] (قولُهُ: إلاّ فيما كان مِن جنسِ الكتابةِ) الأَولى أنْ يقولَ: إنْ لم يكنْ مِن جنسِ الكتابةِ، فإنَّه تقييدٌ أيضاً لقولِهِ: ((كعكسٍ)) كما عُلِمَ مِن عبارةِ "البحر" المارَّةِ آنفاً(٤).

[٢٦٤٧٦] (قولُهُ: سيِّداً) مفعولٌ مقدَّمٌ على فاعلِهِ، وهو ((مُكاتَبُهُ)).

[٢٦٤٧٧] (قولُهُ: والعبدُ فيها) أي: في الكتابةِ ((مُخيَّرٌ)) لأنَّها عَقْدٌ غيرُ لازمٍ في جانبِهِ فله فَسْخُها.

(قولُهُ: الأَولى أنْ يقولَ: إنْ لم يكنْ مِن جنسِ الكتابةِ إلخ) كلٌّ مِن العبارتينِ مُساويةٌ للأُخرَى كما هو ظاهرٌ، فلا أَوْلَويَّةَ لإحداهما على الأُخرَى.

---

(١) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب العتاق والمكاتب والولاء صـ٣١ـ (هامش "المنظومة المحبية").

(٢) البيت في "المنظومة الوهبانية": ((وفي جنس غير))، وهو خطأ، وصوابه ما أثبتناه كما في مخطوطة "تفصيل عقد الفرائد": ق١١٠/أ.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٤) المقولة [٢٦٤٧٣] قوله: ((ومُعسِرٌ)).

وفي حَجرِها[١]

ويُحبَسُ ذو الكُتْبِ الصِّحاحِ المُحرِّرُ　　　على الدَّينِ إذ بالكُتْبِ ما هو مُعسِـرُ

[٢٦٤٧٨] (قولُهُ: المُحرِّرُ) اسمُ فاعلٍ، أي: الذي حرَّرَ الكتبَ وصحَّحَها واحتـاجَ إليهـا لاعتمادِهِ عليها.

[٢٦٤٧٩] (قولُهُ: إذْ بالكُتْبِ[٢] ما هو مُعسِرُ) إذ قضاءُ الدَّينِ مُقدَّمٌ علـى حاجتِـهِ إليهـا، وإنْ كان فقيراً في حَقِّ أَخْذِ الصَّدَقةِ وعَدَمِ وجوبِ الزَّكاةِ كما لو كان له قوتُ شهرٍ، فإنَّه يُباعُ عليـه وهو مُوسِرٌ، ولا يُباعُ عليه قوتُ [٣/ق٢٢٨/أ] يومِهِ كما في "القنية"[٣]، واللهُ سبحانَهُ أعلَمُ.

---

(١) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب الحجر والإكراه صـ٧٩ـ (هامش "المنظومة المحبية").

(٢) في النسخ جميعها: ((إذ هو بالكتب)) بزيادة ((هو))، وبه يُكْسَرُ الوزن، وقد نبَّه عليه مصحِّحا "ب" و"م".

(٣) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب الحبس والإشهاد على الإفلاس ق١٣٢/ب بتصرف، نقلاً عـن "فتاوى العصر" ورمزٍ آخر لم يتبين لنا المراد منه.

﴿بابُ التَّحكيم﴾

(هو) لُغةً: جَعْلُ الحُكْمِ في مالِكَ[1] لغيرِكَ. وعُرفاً: (توليةُ الخصمَينِ حاكماً يَحكُمُ بينهما. ....

﴿بابُ التَّحكيم﴾

لَمّا كان من فُرُوعِ القضاءِ، وكان أَحَطَّ رُتبةً مِن القضاءِ أَخَّرَهُ، ولهذا قال "أبو يوسف": لا يَجوزُ تعليقُهُ بالشَّرطِ وإضافتُهُ إلى وقتٍ، بخلافِ القضاءِ؛ لكونِهِ صُلْحاً من وجهٍ، "بحر"[2].

[٢٦٤٨٠] (قولُهُ: هو لُغةً إلخ) في "الصَّحاح"[3]: ((ويقالُ: حَكَّمتُهُ في مالي إذا جَعَلْتَ إليه الحكمَ فيه)) اهـ. وهذه العبارةُ لا تَدُلُّ على أنَّ التَّحكيمَ لغةً خاصٌّ بالمالِ خلافاً لِما تُوهِمُهُ عبارةُ "الشّارح"، ولذا قال في "المصباح"[4]: ((حَكَّمتُ الرَّجلَ ـ بالتَّشديد ـ: فَوَّضْتُ الحكمَ إليه)).

[٢٦٤٨١] (قولُهُ: وعُرفاً: توليةُ الخصمَينِ) أي: الفريقَينِ المتخاصمَينِ، فيَشمَلُ ما لو تَعَدَّدَ الفريقانِ، ولذا أُعِيدَ عليهما ضميرُ الجماعةِ في قولِهِ تعالى: ﴿هَٰذَانِ خَصْمَانِ ٱخْتَصَمُواْ﴾ [الحج: ١٩]، وفي "المصباح"[5]: ((الخصمُ يَقَعُ على المفردِ وغيرِهِ، والذَّكرِ والأنثى بلفظٍ واحدٍ، وفي لغةٍ يُطابِقُ في التَّثنيةِ والجمعِ، فيُجمَعُ على خُصُومٍ وخِصامٍ)) اهـ، فافهم.

[٢٦٤٨٢] (قولُهُ: حاكماً) المرادُ به ما يَعُمُّ الواحدَ والمتعدِّدَ.

﴿بابُ التَّحكيم﴾

(قولُهُ: خلافاً لِما تُوهِمُهُ عبارةُ "الشّارح" إلخ) الإيهامُ مُندفِعٌ على جَعْلِ ((ما)) موصولةً كما هو مُقتضَى الرَّسم، وإنّما الإيهامُ في عبارةِ "الصَّحاح" حسبَما هو مرسومٌ.

---

(١) كذا في "د"، وهي نسخةُ "الدرّ" التي اعتمدها ابن عابدين رحمه الله في حاشيته، وعليها علّق ابنُ عابدين بقوله: ((خلافاً لما توهمُهُ عبارةُ "الشارح"))، وفي "ط" و"ب" و"و": ((فيما لَكَ))، وعلى هذا الرَّسم صَنَعَ الرافعيُّ رحمه الله تقريره الآتي.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٤/٧.

(٣) "الصحاح": مادة ((حكم)).

(٤) "المصباح": مادة ((حكم)).

(٥) "المصباح": مادة ((خصم)).

وركنُهُ: لفظُهُ الدّالُّ عليه مع قَبُولِ الآخرِ) ذَلِكَ، (وشرطُهُ مِن جهةِ المُحكِّم) بالكسر:

(تنبيه)

في "البحر"[١] عن "البزّازيَّة"[٢]: ((قال بعضُ علمائنا: أكثرُ قُضاةِ عَهْدِنا في بلادِنا مُصالِحون؛ لأنَّهم تَقَلَّدُوا القضاءَ بالرِّشوةِ، ويجوزُ أنْ يُجعَلَ حَكَماً[٣] بترافُعِ القضيَّةِ. واعتُرِضَ: بأنَّ الرَّفْعَ ليس على وجهِ التَّحكيمِ، بل على اعتقادِ أنَّه ماضي الحكمِ، وحُضُورُ المُدَّعَى عليه قد يكونُ بالإشخاصِ والجَبْرِ، فلا يكونُ حَكَماً، ألا ترى أنَّ البيع قد يَنعقِدُ ابتداءً بالتَّعاطي لكنْ إذا تَقَدَّمَهُ بَيْعٌ باطلٌ أو فاسدٌ وترتَّبَ عليه التَّعاطي لا يَنعقِدُ البيعُ لكونِهِ ترتَّبَ على سببٍ آخرَ؟ فكذا هنا، ولهذا قال السَّلَفُ: القاضي النافذُ حكمُهُ أَعَزُّ من الكبريتِ الأحمرِ)) اهـ. قال "ط"[٤]: ((وبعضُ الشّافعيَّةِ يُعبِّرُ عنه بأنَّه قاضي ضرورةٍ، إذ لا يوجدُ قاضٍ فيما عَلِمناهُ مِن البلادِ إلاّ وهو راشٍ ومُرْتَشٍ)) اهـ، وانظُرْ ما قدَّمناهُ[٥] أوَّلَ القضاء.

٣٤٧/٤

[٢٦٤٨٣] (قولُهُ: وركنُهُ: لفظُهُ إلخ) أي: ركنُ التَّحكيمِ ((لفظُهُ الدّالُّ عليه))، أي اللَّفظُ الدّالُّ على التَّحكيمِ كـ: احكُمْ بيننا، أو جَعَلناكَ حَكَماً، أو حَكَّمناكَ في كذا، فليس المرادُ خُصُوصَ لفظِ التَّحكيم.

[٢٦٤٨٤] (قولُهُ: مع قَبُولِ الآخرِ) أي: المُحكَّمِ بالفتح، فلو لم يَقبَلْ لا يجوزُ حكمُهُ إلاّ بتجديدِ التَّحكيمِ، "بحر"[٦] عن "المحيط".

[٢٦٤٨٥] (قولُهُ: مِن جهةِ المُحكِّم) أي جنسِهِ الصّادقِ بالفريقَينِ. وشَمِلَ ما لو كان أحدُهما قاضياً كما في "القُهستانيِّ"[٧].

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٥/٧ بتصرف.

(٢) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الخامس في التحكيم ١٨١/٥ بتصرف.

(٣) في النسخ جميعها: ((حاكماً))، وما أثبتناه من "البزازية" و"البحر".

(٤) "ط": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٠٧/٣.

(٥) المقولة [٢٥٩٩٦] قوله: ((لا ينفذُ حُكمُهُ)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٤/٧.

(٧) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢٣١/٢.

(العقلُ، لا الحرِّيَّةُ والإسلامُ)، فصَحَّ تحكيمُ ذمِّيٍّ ذمِّيّاً. (و) شرطُهُ (مِن جهةِ المُحكَّمِ) بالفتح: (صلاحِيَتُهُ للقضاءِ) كما مَرَّ. (ويُشترَطُ[1] الأهليَّةُ) المذكورةُ ....

[٢٦٤٨٦] (قولُهُ: لا الحرِّيَّةُ) فتحكيمُ المكاتَبِ والعبدِ المأذونِ صحيحٌ، "بحر"[2].

[٢٦٤٨٧] (قولُهُ: فصَحَّ تحكيمُ ذمِّيٍّ ذمِّيّاً) لأنَّه أهلٌ للشَّهادةِ بينَ أهلِ الذِّمَّةِ دون المسلمين، ويكونُ تراضيهما عليه في حَقِّهما كتقليدِ السُّلطان إيّاهُ، وتقليدُ الذِّمِّيِّ ليَحكُمَ بين أهلِ الذِّمَّةِ صحيحٌ لا بينَ المسلمين، وكذلك التَّحكيمُ، "هنديَّة"[3] عن "النِّهاية"، "ط"[4]. وفي "البحر"[5] عن "المحيط": ((فلو أسلَمَ أحدُ الخصمَين قبلَ الحكمِ لم يَنفُذْ حكمُ الكافرِ على المسلمِ، ويَنفُذُ للمسلمِ على الذِّمِّيِّ، وقيل: لا يجوزُ للمُسلمِ أيضاً)). وتحكيمُ المرتدِّ موقوفٌ عنده، فإنْ حكَمَ ثمَّ قُتِلَ أو لَحِقَ بطَلَ، وإنْ أسلَمَ نفَذَ، وعندهما جائزٌ بكلِّ حالٍ.

[٢٦٤٨٨] (قولُهُ: كما مَرَّ) أي: في البابِ السّابقِ في قولِهِ: ((والمُحكَّمُ كالقاضي[6])). وأفاد جوازَ تحكيمِ المرأةِ والفاسقِ؛ لصلاحِيَتِهما للقضاءِ، والأَولى أنْ لا يُحكِّما فاسقاً، "بحر"[7].

(قولُهُ: وتحكيمُ المرتدِّ) مِن إضافةِ المصدرِ لفاعلِهِ لا لمفعولِهِ لعدمِ صحَّةِ جَعْلِهِ حَكَماً لعدمِ أهليَّةِ الشَّهادة، قال في "الهنديَّة": ((مسلمٌ ومرتدٌّ حَكَّما بينَهما مرتدّاً، فحَكَمَ بينَهما ثمَّ قُتِلَ المرتدُّ أو لَحِقَ بدارِ الحربِ لم يَجُزْ حكمُهُ عند "أبي حنيفة"، ولو أسلَمَ جازَ، وعندَهما جازَ بكلِّ حالٍ)).

---

(١) في "د" و"و": ((وتشترط)) بالمثناة الفوقية.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٧/٢٤.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب الرابع والعشرون في التحكيم ٣/٣٩٧ بتصرف.

(٤) "ط": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٣/٢٠٧ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٧/٢٤ ـ ٢٥.

(٦) صـ٥١٦ـ "در".

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٧/٢٦.

(وقتَهُ) أي: التّحكيمِ (ووقتَ الحكمِ جميعاً، فلو حَكَّما عبداً فعتَقَ، أو صبيّاً فبلَغَ، أو ذِمِّيّاً فأسلَمَ ثمَّ حكَمَ لا يَنفُذُ كما) هو الحكمُ (في مُقلَّدٍ) بفتحِ اللاّم مُشدَّدةً، بخلافِ الشَّهادةِ، وقدَّمنا أنَّه لو استُقضِيَ العبدُ ثمَّ عتَقَ فقَضَى صَحَّ، وعَزاهُ "سعدي أفندي"[1] لـ "المبتغى". ....

[٢٦٤٨٩] (قولُهُ: وقتَهُ ووقتَ الحكمِ جميعاً) وكذا فيما بينَهما، بخلافِ القاضي كما سيأتي في المسائلِ المخالفةِ، "بحر"[2].

[٢٦٤٩٠] (قولُهُ: فلو حَكَّما عبداً إلخ) ولو حَكَّما حُرّاً وعبداً فحَكَمَ الحرُّ وحدَهُ لم يَجُزْ، وكذا إذا حَكَما، "بحر"[3] عن "المحيط".

[٢٦٤٩١] (قولُهُ: في مُقلَّدٍ) بفتحِ اللام مبنيٌّ للمجهولِ، أي: فيمَن قَلَّدَهُ الإمامُ القضاءَ.

[٢٦٤٩٢] (قولُهُ: بخلافِ الشَّهادةِ) فإنَّ اشتراطَ الأهليَّةِ فيها عندَ الأداءِ فقط، وأشار بهذا إلى فائدةِ قولِ "المصنّف": ((صلاحِيَتُهُ للقضاءِ))، حيث لم يَقُلْ: للشَّهادةِ.

[٢٦٤٩٣] (قولُهُ: وقدَّمنا) [٣/ق٢٢٨/ب] أي: قُبيلَ قوله[4]: ((وإذا رُفِعَ إليه حُكْمُ قاضٍ)).

(قولُهُ: وأشار بهذا إلى فائدةِ قولِ "المصنّف": صلاحِيَتُهُ للقضاءِ) ليس في كلامِهِ هذه الإشارةُ، بل لو عَبَّرَ بالشَّهادةِ بدلَ القضاءِ لساوَى عبارةَ "المصنّف"، فالتَّعبيرُ بإحدى العبارتَينِ مُساوٍ للتَّعبيرِ بالأُخرى كما هو ظاهرٌ، تأمَّل.

---

(١) "الحواشي السعدية": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ٤٠٧/٦ (هامش "فتح القدير")، وفيه: (("المنتقى")) بدل (("المبتغى")).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٥/٧.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٤/٧.

(٤) صـ٤١٣ـ "در".

(حَكَّما رَجُلاً) معلوماً؛ إذ لو حَكَّما أوَّلَ مَن يَدخُلُ المسجدَ لم يَجُزْ[١] إجماعاً؛ للجهالةِ، (فحَكَمَ بينهما ببيِّنةٍ أو إقرارٍ أو نُكُولٍ) ورَضِيا بحكمِهِ ....

وأشار بهذا إلى أنَّ قولَهُ: ((كما في مُقلَّدٍ)) ليس مُتَّفَقاً عليه، وقدَّمنا[٢] أوَّلَ القضاءِ عندَ قولِهِ: ((وأهلُهُ أهلُ الشَّهادةِ)) أنَّ فيه روايتين، وأنَّه في "الواقعاتِ الحساميَّةِ" قال: ((الفَتْوى على أنَّه لا يَنعزِلُ بالرِّدَّةِ؛ لأنَّ الكفرَ لا يُنافِي ابتداءَ القضاءِ في إحدى الرِّوايتين))، وأنَّ هذا يُؤيِّدُ روايةَ صحَّةِ توليةِ الكافرِ والعبدِ وصحَّةِ حكمِهما بعدَ الإسلامِ والعِتْقِ بلا تجديدِ توليةٍ، وبه جزَمَ في "البحر"[٣]، واقتَصَرَ عليه في "الفتح"[٤] خلافاً لِما مَشَى عليه "المصنِّفُ" هنا، وأنَّ هذا بخلافِ الصَّبيِّ إذا بلَغَ، فإنَّه لا بدَّ مِن تجديدِ توليتِهِ، وقدَّمنا[٥] وجهَ الفَرْقِ هناك، فافهم. وهل تَجْري هذه الرِّوايةُ في المُحكَّمِ؟ لم أرَهُ، والظّاهرُ: لا.

مطلبٌ: حَكَمَ بينهما قبلَ تحكيمِهِ ثمَّ أجازاهُ جازَ

[٢٦٤٩٤] (قولُهُ: ورَضِيا بحكمِهِ) أي: إلى أنْ حكَمَ، كذا في "الفتح"[٦]، فأفاد أنَّه احترازٌ عمّا لو رَجَعا عن تحكيمِهِ قبلَ الحكمِ، أو عمّا لو رَضِيَ أحدُهما فقط، لكنْ كان الأَولى ذكرَهُ قبلَ قولِهِ: ((فحَكَمَ))؛ لئلاّ يُوهِمَ اشتراطَ الرِّضا بعدَ الحكمِ، مع أنَّه إذا حَكَمَ لَزِمَهما حكمُهُ كما في "الكنز"[٧]

(قولُهُ: وأنَّ هذا يُؤيِّدُ روايةَ[٨] صحَّةِ توليةِ الكافرِ والعبدِ إلخ) تقدَّمَ في أوَّلِ القضاءِ ما يُفيدُ أنَّ ما ذكرَهُ لا يُفيدُ تصحيحَ روايةِ توليةِ الكافرِ للفَرْقِ بينَ حالَتَي الابتداءِ والبقاءِ.

---

(١) في "و": ((لم يجر)) بالراء المهملة، وهو خطأ.

(٢) المقولة [٢٥٩٣٤] قوله: ((وأهلُهُ أهلُ الشَّهادة)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٢ ـ ٢٨٣، معزياً إلى "الأجناس".

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٥٧.

(٥) المقولة [٢٥٩٣٤] قوله: ((وأهلُهُ أهلُ الشَّهادة)).

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ٦/٤٠٦.

(٧) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢/٩٢.

(٨) ((رواية)) ساقطة من مطبوعة "التقريرات" التي بين أيدينا.

(صَحَّ لو في غيرِ حَدٍّ وقَوَدٍ..

وغيرِهِ، ويأتي متناً[١]، أو يَذكُرَهُ هُنا[٢] بـ((أو)) لِيَدخُلَ ما لو حَكَمَ بينهما قبلَ تحكيمِهِ، ثُمَّ قالا: رَضِينا بحكمِهِ وأَجَزْناهُ، فإنَّه جائزٌ كما نقَلَهُ "ط"[٣] عن "الهنديَّة"[٤].

[٢٦٤٩٥] (قولُهُ: صَحَّ لو في غيرِ حَدٍّ وقَوَدٍ إلخ) شَمِلَ سائرَ المجتهَداتِ مِن حُقُوقِ العبادِ كما ذكَرَهُ بعدُ[٥]، وما ذكَرَهُ مِن مَنْعِهِ في القِصاصِ تَبَعاً لـ"الكنزِ"[٦] وغيرِه هو قولُ "الخصّاف"[٧]، وهو الصَّحيحُ كما في "الفتح"[٨]، وما في "المحيط" مِن جوازِهِ[٩] فيه؛ لأنَّه مِن حُقُوقِ العبادِ ضعيفٌ روايةً ودِرايةً؛ لأنَّ فيه حَقَّ الله تعالى أيضاً وإنْ كان الغالبُ حَقَّ العبدِ، وكذا ما اختارَهُ "السَّرَخسيُّ"[١٠] مِن جوازِهِ في حَدِّ[١١] القَذْفِ ضعيفٌ بالأَولى؛ لأنَّ الغالبَ فيه حَقُّ الله تعالى على الأصحِّ، "بحر"[١٢].

(قولُهُ: أو يَذكُرَهُ هناك) لعلَّ الأنسبَ إسقاطُ الكافِ مِن لفظِ ((هناك)).

---

(١) صـ٥٣٩ـ "در".

(٢) في "د" و"و" و"ب": ((هناك))، وما أثبتناه من "م" هو الصواب، وانظر تقرير الرافعيّ رحمه الله.

(٣) "ط": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٣/٢٠٧.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب الرابع والعشرون في التحكيم ٣/٤٠٠.

(٥) صـ٥٣٩ـ "در".

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢/٩٢.

(٧) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والسبعون في الخصمين يحكّمان بينهما حكماً ـ التحكيم في الحدود والقصاص ٤/٦٣.

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ٦/٤٠٨.

(٩) في "الأصل": ((جواز)).

(١٠) أي في شرحه على "أدب القاضي" للخصّاف، كما صرّح به الكمال في "الفتح" ٦/٤٠٨، والعيني في "شرح الكنز" ٢/٩٢.

(١١) في "ب" و"م": ((حَقِّ)) بدل ((حَدِّ)).

(١٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٧/٢٦.

ودِيَةٍ على عاقلةٍ). الأصلُ: أنَّ حُكمَ المحُكَّمِ بمنزلةِ الصُّلْحِ، وهذه لا تَجوزُ بالصُّلْحِ، فلا تَجوزُ بالتَّحكيم. (ويَنفرِدُ أحدُهما بنَقْضِهِ) أي: التَّحكيمِ بعدَ وُقوعِهِ (كما يَنفرِدُ أحدُ العاقدَينِ (في مُضارَبةٍ وشِرْكةٍ ووَكالةٍ) ....

[٢٦٤٩٦] (قولُهُ: ودِيَةٍ على عاقلةٍ) خرَجَ ما لو كانَتْ على القاتلِ، بأنْ ثَبتَ القتلُ بإقرارِهِ، أو ثَبَتَتْ جراحةٌ ببيِّنةٍ وأَرْشُها أقلُّ مما تَحمِلُهُ العاقِلةُ، خطأً كانَت الجراحةُ أو عَمْداً، أو كانَتْ قَدْرَ ما تَتحمَّلُهُ ولكنْ كانَت الجراحةُ عَمْداً لا تُوجِبُ القِصاصَ، فيَنفُذُ حكمُهُ، وتمامُهُ في "البحر"[١].

[٢٦٤٩٧] (قولُهُ: بمنزلةِ الصُّلْحِ) لأنَّهما توافَقَا على الرِّضا بما يَحكُمُ به عليهما.

[٢٦٤٩٨] (قولُهُ: وهذه لا تَجوزُ بالصُّلْحِ) اعتُرِضَ بأنَّه سيأتي[٢] في الصُّلْحِ جوازُهُ في كلِّ حَقٍّ يَجوزُ الاعتِياضُ عنه ـ ومِنه القِصاصُ ـ لا فيما لا يجوزُ ومِنه الحدودُ.

أقولُ: مَنْشَأُ الاعتراضِ عدمُ فَهْمِ المرادِ، فإنَّ المرادَ أنَّ هذه الثَّلاثةَ لا تَثبُتُ بالصُّلحِ، أي: بأن اصطَلَحا على لُزُومِ الحدِّ أو لُزُومِ القِصاصِ إلخ، وما سيأتي[٢] في الصُّلحِ معناه أنَّه يَجوزُ الصُّلحُ عن القِصاصِ بمالٍ؛ لأنَّه يجوزُ الاعتِياضُ عنه بخلافِ الحَدِّ، فالقِصاصُ هنا مُصالَحٌ عنه، وفي الأوَّلِ مُصالَحٌ عليه، والفَرْقُ ظاهرٌ كما لا يخفى.

[٢٦٤٩٩] (قولُهُ: بعدَ وُقوعِهِ) الأَولى أنْ يُبدِلَهُ بقولِهِ: ((قبلَ الحُكمِ)).

[٢٦٥٠٠] (قولُهُ: كما يَنفرِدُ أحدُ العاقدَينِ إلخ) أي بنَقْضِ العَقْدِ وفَسْخِهِ إذا عَلِمَ الآخرُ ولو بكتابةٍ أو رسولٍ على تفصيلٍ مَرَّ[٣] في الشَّرِكة، ويأتي في الوكالةِ[٤] والمُضاربةِ[٥] إنْ شاء الله تعالى. ٤/٣٤٨

---

(١) انظر "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٦/٧ وفيه: ((تتحمله)) بدل ((تحمله))، و((نفذ)) بدل ((فينفذ)).

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [٢٨٤١٥] قوله: ((إلى قَبْضِهِ)).

(٣) ٣٤٢/١٣ وما بعدها "در".

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧٥٥٢] قوله: ((بعَزْلِهِ)).

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٨٧١١] قوله: ((ولو حُكماً)).

بلا التِماسِ طالبٍ (فإنْ حَكَمَ لَزِمَهما) ولا يَبطُلُ حكمُهُ بعَزْلِهما؛ لصُدُورِهِ عن ولايةٍ شرعيَّةٍ، و(لا) يَتعدّى حكمُهُ إلى (غيرِهما) إلاّ في مسألةِ ما لو حَكَّمَ أحدُ الشَّريكَين وغريماً له رجلاً، فحكَمَ بينهما وألزَمَ الشَّريكَ تَعدَّى للشَّريكِ الغائبِ؛ لأنَّ حُكمَهُ كالصُّلْحِ، "بحر"[1]. (فلو حَكَّماهُ في عَيْبِ مبيعٍ[2]، فقَضَى بردِّهِ ليس للبائعِ رَدُّهُ على بائعِهِ إلاّ برِضا البائعِ الأوَّلِ والثّاني والمشتري) بتحكيمِهِ، "فتح"[3]. ثمَّ استثناءُ الثَّلاثةِ[4] يُفيدُ صِحَّةَ التَّحكيمِ في كلِّ المُجتهَداتِ ....

[٢٦٥٠١] (قولُهُ: بلا التِماسِ طالبٍ) يعني: أنَّ المُوكِّلَ يَنفرِدُ بعَزْلِ الوكيلِ ما لم يَتعلَّقْ بالتَّوكيلِ حَقُّ المُدَّعي، كما لو أرادَ خَصْمُهُ السَّفرَ، فطلَبَ مِنه أنْ يُوكِّلَ وكيلاً بالخُصُومةِ، فليس له عَزْلُهُ كما سيأتي[5] في بابِهِ.

[٢٦٥٠٢] (قولُهُ: وغريماً له) منصوبٌ على أنَّه مفعولٌ معه.

[٢٦٥٠٣] (قولُهُ: لأنَّ حُكمَهُ كالصُّلْحِ) والصُّلْحُ مِن صَنيعِ التُّجّارِ، فكان كلُّ واحدٍ مِن الشَّريكَينِ راضياً بالصُّلْحِ وما في معناه، "بحر"[6].

[٢٦٥٠٤] (قولُهُ: بتحكيمِهِ) مُتعلِّقٌ بـ((رِضا)).

[٢٦٥٠٥] (قولُهُ: ثمَّ استثناءُ الثَّلاثةِ) أي: الحَدِّ والقَوَدِ والدِّيَةِ على العاقلةِ، وكان الأَولى ذِكرَ هذا عَقِبَها.

[٢٦٥٠٦] (قولُهُ: في كلِّ المُجتهَداتِ) أي: المسائلِ التي يَسُوغُ فيها الاجتهادُ مِن حُقُوقِ العبادِ كالطَّلاقِ، والعِتاقِ، والكِتابةِ، والكَفالةِ، والشُّفْعةِ، والنَّفَقةِ، والدُّيونِ، والبُيُوعِ، بخلافِ ما خالَفَ كِتاباً أو سُنَّةً أو إجماعاً[7].

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٨/٧ بتصرف.

(٢) في "د": ((بيع)).

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ٤٠٧/٦ بتصرف.

(٤) في "د" و"و": ((الثلاث)).

(٥) المقولة [٢٧٥٤٥] قوله: ((كوكيلِ خُصومةٍ)). ٤١٦/٤ بولاق.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٨/٧ بتصرف.

(٧) في "م": ((وإجماعاً)) بالواو.

كحُكمِهِ بكَوْنِ الكناياتِ رَواجعَ، وفَسْخِ اليمينِ المضافةِ إلى المِلْكِ وغيرِ ذلك، لكنْ هـذا مِمّا يُعلَمُ ويُكتَمُ، وظاهرُ "الهداية": ((أنَّه يُجيبُ بـ: لا يَحِلُّ))، فتأمَّلْ. ....

[٢٦٥٠٧] (قولُهُ: كحُكمِهِ بكَوْنِ الكناياتِ رَواجعَ إلخ) قال "الصَّدرُ الشَّهيدُ" في "شرح أدب القضاء"[1]: [٣/ق٢٢٩/أ] ((هو الظّاهرُ عند أصحابنا، وهو الصَّحيحُ، لكنَّ مشايخَنا امتَنَعُوا عن هذه الفَتْوى وقالوا: يُحتاجُ إلى حُكمِ الحاكمِ كما في الحدودِ والقِصاصِ كيلا يَتَجاسَرَ العَوامُّ فيه)) اهـ. قال في "الفتح"[2]: ((وفي "الفتاوى الصُّغرى": حُكمُ المُحكَّمِ في الطَّلاقِ المضافِ يَنفُذُ، لكنْ لا يُفتَى به. وفيها: رُوِيَ عن أصحابنا ما هو أَوسَعُ مِن هذا، وهو أنَّ صاحبَ الحادثةِ لو استَفْتَى فقيهاً عَدْلاً فأَفْتاهُ[3] بُطْلانِ اليمينِ وَسِعَهُ اتِّباعُ فَتْواهُ وإمساكُ المرأةِ المحلوفِ بطلاقِها، ورُوِيَ عنهم ما هو أوسعُ، وهو: إنْ تَزَوَّجَ أُخرى وكان حلَفَ بطلاقِ كلِّ امرأةٍ يَتزوَّجُها، فاستَفْتَى فقيهاً آخرَ، فأَفْتاهُ بصِحَّةِ اليمينِ فإنَّه يُفارِقُ الأُخرى ويُمسِكُ الأُولى عَمَلاً بفَتْواهما)) اهـ.

[٢٦٥٠٨] (قولُهُ: وغيرِ ذلك) كما إذا مَسَّ صِهْرَتَهُ بشهوةٍ وانتشَرَ لها، فحَكَّمَ الزَّوجانِ حَكَماً لِيَحكُمَ لهما بالحِلِّ على مذهبِ "الشّافعيِّ"[4] فالأصحُّ هو النَّفاذُ إنْ كان المُحكَّمُ يَراهُ، وإلاّ فالصَّحيحُ عدمُهُ، أفادَهُ في "البحر"[5] عن "القنية"[6].

[٢٦٥٠٩] (قولُهُ: وظاهرُ "الهداية" إلخ) حيث قال[7]: ((قالوا: وتخصيصُ الحدودِ والقِصاصِ يدلُّ على جوازِ التَّحكيمِ في سائرِ المُجتهَداتِ، وهو الصَّحيحُ، إلاّ أنَّه لا يُفتَى به، ويقالُ: يُحتاجُ

---

(١) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والسبعون في الخصمين يحكّمان بينهما حكماً ـ التحكيم في الحدود والقصاص ٦٣/٤ ـ ٦٤.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ٤٠٩/٦ باختصار.

(٣) في "م": ((فإفتاءه))، وهو خطأ.

(٤) انظر "نهاية المحتاج": كتاب النكاح ـ باب ما يحرم من النكاح ٢٧٥/٦.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٦/٧ بتصرف.

(٦) "القنية": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ق١٣٤/أ، نقلاً عن القاضي عبد الجبار، وعلاء الدين التاجري.

(٧) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ١٠٨/٣ بتصرف.

....

إلى حُكمِ المُوَلَّى دَفْعاً لتَجاسُرِ العَوامِّ)) اهـ، أي: تَجاسُرِهم على هَدْمِ المذهبِ، "فتح"[١]. ومثلُ عبارةِ "الهداية" عبارةُ "شرح أدب القضاء" المارَّةُ آنفاً[٢]، وتقدَّمَ[٢] فيها: ((أنَّ الصَّحيحَ صحَّةُ التَّحكيمِ، وأنه الظَّاهرُ عن أصحابنا))، وكأنَّ ما هنا ترجيحٌ للقولِ الآخرِ المُقابِلِ للصَّحيحِ، والمُتبادِرُ مِن عبارةِ "الهداية" أنَّه لا يُفتَى بجوازِهِ في سائرِ المجتهَداتِ، لكنْ ذكَرَ في "البحر"[٣] عن "الولوالجيَّة"[٤] و"القنية"[٥] ما هو كالصَّريحِ في أنَّ ذلك في اليمينِ المضافةِ ونحوِها.

ونحوُهُ ما قدَّمناه آنفاً[٦] عن "الفتح" عن "الفتاوى الصُّغرى"، ويأتي[٧] التَّصريحُ به في المخالفاتِ، ولكنْ يُتأمَّلُ في وجهِ المنعِ مِن عدمِ الإفتاءِ به، والتَّعليلُ بأنْ لا يَتَجاسَرَ العَوامُّ على هَدْمِ المذهبِ لا يَظهَرُ في خُصُوصِ اليمينِ المضافةِ ونحوِها. ثمَّ رأيتُ "المقدسيَّ" توقَّفَ في ذلك أيضاً، وأجابَ بما حاصلُهُ: ((أنَّهم مَنَعُوا مِن توليةِ القضاءِ لغيرِ الأهلِ لئلاَّ يُحكَمَ بغيرِ الحقِّ، وكذلك مَنَعُوا مِن التَّحكيمِ هنا لئلاَّ يَتَجاسَرَ العَوامُّ على الحُكمِ بغيرِ عِلْمٍ)).

قلت: هذا يفيدُ مَنْعَ التَّحكيمِ مُطلقاً إلاَّ لعالِمٍ، والأحسنُ في الجوابِ أنْ يُقالَ: إنَّ الحالِفَ في اليمينِ المضافةِ إذا كان يَعتقِدُ صحَّتَها يَلزَمُهُ العملُ بما يَعتقِدُهُ، فإذا حكَمَ بعدمِ صحَّتِها حاكمٌ

(قولُهُ: والأحسنُ في الجوابِ أنْ يُقالَ: إنَّ الحالِفَ في اليمينِ المضافةِ إلخ) فيه نظرٌ، فإنَّ مُقتضَى هذا الوجهِ أنَّ التَّحكيمَ لا يصحُّ في كلِّ شيءٍ؛ لعدمِ إفادتِهِ شيئاً في مُعتَقَدِهِ، وأيضاً لا يَظهَرُ ما قالَهُ إلاَّ فيمَن له رأيٌ لا في العامِّيِّ، وإذا كان الشَّخصُ مُقلِّداً لـ "أبي حنيفة" كيف يَحرُمُ عليه العملُ بما حَكَمَ به المُحكَّمُ؟!

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ٦/٤٠٩.

(٢) المقولة [٢٦٥٠٧] قوله: ((كحُكمِهِ بكَوْنِ الكناياتِ رَواجعَ إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٧/٢٦.

(٤) "الولوالجية": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع إلخ ٤/٧٠.

(٥) "القنية": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ق١٣٤/أ بتصرف، نقلاً عن "النوازل" للسمرقندي.

(٦) المقولة [٢٦٥٠٧] قوله: ((كحُكمِهِ بكَوْنِ الكناياتِ رَواجعَ إلخ)).

(٧) المقولة [٢٦٥٢١] قوله: ((عدَّ مِنها في "البحرِ" سَبعَ عَشْرةَ)).

(وصَحَّ إخبارُهُ بإقرارِ أحدِ الخصمَينِ وبعدالةِ الشّاهدِ حالَ ولايتِهِ) أي: بقاءِ تحكيمِهما[١]،

مُوَلّى مِن السُّلطانِ لَزِمَهُ اتّباعُ رأيِ[٢] الحاكمِ، وارتفَعَ بحكمِهِ الخلافُ، أمّا إذا حَكَّمَ رجلاً فلا يُفيدُهُ شيئاً سِوى هَدْمِ مذهبِهِ؛ لأنَّ حُكمَ المُحكَّمِ بمنزلةِ الصُّلْحِ لا يَرفَعُ خلافاً، ولا يُبطِلُ العملَ بما كان الحالِفُ يَعتقِدُهُ، فلذا قالوا: لا يُفتَى به ولا بدَّ مِن حكمِ المولى، هذا ما ظهَرَ لي، والله سبحانه أعلم.

(تنبيهٌ)

سيأتي[٣] في المُخالفاتِ: أنّه لا يصحُّ حُكْمُهُ بما فيه ضَرَرٌ على الصَّغيرِ، بخلافِ القاضي.

[٢٦٥١٠] (قولُهُ: وصَحَّ إخبارُهُ إلخ) أي: إذا قال لأحدِهما: أَقرَرْتَ عندي أو: قامَتْ عندي بيِّنةٌ عليك لهذا فعُدِّلُوا عندي، وقد أَلْزَمْتُكَ بذلك وحَكَمتُ لهذا، فأنكَرَ المَقْضِيُّ عليه لا يُلتَفَتُ إلى إنكارِهِ، ومَضَى القضاءُ عليه ما دام المجلسُ باقياً؛ لأنَّ المُحكَّمَ[٤] ما دام تحكيمُهما قائماً كالقاضي المقلَّدِ، إلاّ أنْ يُخرِجَهُ المخاطَبُ عن الحُكمِ ويَعزِلَهُ قبلَ أنْ يقولَ: حَكَمتُ عليكَ، أو قالَهُ بعدَ المجلسِ؛ لأنَّه بالقيامِ مِنه يَنعزِلُ كما يَنعزِلُ بعَزْلِ أحدِهما قبلَ الحُكمِ، فصار كالقاضي إذا قال بعدَ العَزْلِ: قَضَيتُ بكذا لا يُصدَّقُ، "فتح"[٥].

وإلاّ امتنَعَ تقليدُ غيرِ إمامِهِ، والأوجهُ أنْ يُقالَ في توجيهِ هذه الرِّوايةِ: إنَّ التَّحكيمَ في اليمينِ ونحوِها راجعٌ لحقوقِهِ تعالى؛ إذ مُوجَبُها الحرمةُ، وهي مِن حُقُوقِهِ، ففيه إبطالُهُ، ولا ولايةَ لهما عليه تعالى، فلذا مُنِعَ عنه، واحتاجَ الأمرُ لحكمِ المولى، تأمَّلْ. وتقدَّمَ له عن "الولوالجيَّة": ((أنَّ المحكومَ عليه يَتَّبِعُ رأيَ القاضي إجماعاً، وأنَّ المحكومَ له يَتَّبِعُ رأيَ القاضي عندَ "محمَّدٍ"، وهذا كلُّهُ إذا كان الزَّوجُ له رأيٌ واجتهادٌ، فلو عامِّيّاً اتَّبعَ رأيَ القاضي سواءٌ حَكَمَ له أو عليه، والمرادُ بالعامِّيِّ غيرُ المجتهِدِ، فيَشمَلُ العالِمَ والجاهلَ، والوجهُ قولُ "محمَّدٍ")).

---

(١) في "ط": ((تحكيمه)) وفي "و": ((تحكيمها)).

(٢) في "الأصل": ((رأي اتباع)).

(٣) المقولة [٢٦٥٢١] قوله: ((عدَّ مِنها في "البحر" سَبعَ عَشْرةَ)).

(٤) في مطبوعة "الفتح": ((الحكم)).

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ٦/٤١٠ بتصرف.

(لا) يصحُّ (إخبارُهُ بحكمِهِ)؛ لانقضاءِ وِلايتِهِ. (ولا يصحُّ حكمُهُ لأبويه وولدِهِ وزوجتِهِ) كحُكمِ القاضي، (بخلافِ حُكمِهما) أيِ: القاضِي والمُحكَّمِ (عليهم) حيث يصحُّ كالشَّهادة. (حَكَّما رجلين فلا بدَّ مِن اجتماعِهما) على المحكومِ به. (ويُمضِي) القاضي (حُكْمَهُ إنْ وافَقَ مذهبَهُ، وإلاّ أبطَلَهُ)؛ لأنَّ حُكمَهُ لا يَرفَعُ خلافاً. ....

[٢٦٥١١] (قولُهُ: لا يصحُّ إخبارُهُ بحكمِهِ) أي: بعدَ ما قام.

[٢٦٥١٢] (قولُهُ: كحُكمِ القاضي) فإنَّه لا يصحُّ لِمَن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له.

[٢٦٥١٣] (قولُهُ: فلا بدَّ مِن اجتماعِهما) فلو حكَمَ أحدُهما أو اختَلَفا لم يَجُزْ[1] كما في "البحر"[2] عن "الولوالجيَّة"[3]. وفيه[4] عن "الخصّاف"[5]: ((لو قال لامرأتِهِ: أنتِ عليَّ حرامٌ، ونَوَى الطَّلاقَ دُونَ الثَّلاثِ، فحَكَّما رجلين، فحَكَمَ أحدُهما بأنَّها [٣/ق٢٢٩/ب] بائنٌ، وحَكَمَ الآخَرُ بأنَّها بائنٌ بالثَّلاثِ لم يَجُزْ؛ لأنَّهما لم يَجتَمِعا على أمرٍ واحدٍ)) اهـ.

[٢٦٥١٤] (قولُهُ: ويُمضِي حُكْمَهُ) أي: إذا رُفِعَ حُكْمُهُ إلى القاضي إنْ وافَقَ مذهبَهُ أَمْضاهُ، وإلاّ أبطَلَهُ. وفائدةُ إمضائِهِ هاهنا: أنَّه لو رُفِعَ إلى قاضٍ آخَرَ يُخالِفُ مذهبَهُ ليس لذلك القاضي وِلايةُ النَّقْضِ فيما أَمْضاهُ هذا القاضي، "جوهرة"[6]. وفي "البحر"[7]: ((ولو رُفِعَ حُكْمُهُ إلى حَكَمٍ آخرَ حَكَّماهُ بعدُ فالثّاني كالقاضي يُمضِيه إنْ وافقَ رأيَهُ، وإلاّ أبطَلَهُ)). ٤/٣٤٩

[٢٦٥١٥] (قولُهُ: لأنَّ حُكْمَهُ لا يَرفَعُ خلافاً) لقُصُورِ ولايتِهِ عليهما، بخلافِ القاضي العامِّ.

---

(١) في "الأصل": ((لم يجزه)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٦/٧.

(٣) "الولوالجية": كتاب القضاء ـ الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع إلخ ٧١/٤.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٦/٧.

(٥) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والسبعون في الخصمين يحكّمان بينهما حكماً ـ تحكيم حكمين واختلافهما في الحكم ٦٨/٤ ـ ٦٩ بتصرف.

(٦) "الجوهرة النيرة": كتاب أدب القاضي ٣٤٧/٢ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٧/٧ بتصرف، نقلاً عن "المحيط".

(وليس له) للمُحكَّمِ (تَفْويضُ التَّحكيمِ إلى غيرِهِ، وحُكْمُهُ بالوَقْفِ لا يَرفَعُ خِلافاً[١]) على الصَّحيح، "خانيَّة"[٢]. ....

[٢٦٥١٦] (قولُهُ: للمُحكَّمِ) بدلٌ مِن ((له)).

[٢٦٥١٧] (قولُهُ: تَفْويضُ التَّحكيمِ إلى غيرِهِ) فلو فَوَّضَ وحَكَمَ الثّاني بلا رِضاهما، فأجازَهُ القاضي لم يَجُزْ إلاّ أنْ يُجيزاهُ بعدَ الحُكم، وقيل: ينبغي أنْ يكونَ كالوكيلِ الأوَّلِ إذا أجازَ فِعْلَ الوكيلِ الثّاني، "فتح"[٣].

[٢٦٥١٨] (قولُهُ: وحُكْمُهُ بالوَقْفِ) أي: بلُزُومِهِ ((لا يَرفَعُ خِلافاً)) أي: خِلافَ "الإمامِ" القائلِ بعَدَمِ لُزُومِهِ، بل يَبقَى عندَهُ غيرَ لازمٍ يصحُّ رُجُوعُهُ عنه.

(قولُهُ: فلو فَوَّضَ وحَكَمَ الثّاني بلا رِضاهما، فأجازَهُ القاضي لم يَجُزْ إلخ) توضيحُ هذه المسألةِ ما في "الهنديَّة": ((وليس للحَكَمِ أنْ يُفوِّضَ التَّحكيمَ إلى غيرِهِ؛ لأنَّ الخصمَينِ لم يَرضَيَا بتحكيمِ غيرِهِ، فإنْ فَوَّضَ وحكَمَ الثّاني بغيرِ رِضاهما وأجازَهُ الحَكَمُ الأوَّلُ لم يَجُزْ إلاّ أنْ يُجيزَهُ الخصمان، ومِن مشايخنا مَن قال بأنَّ قولَهُ: فإنْ أجازَهُ الحَكَمُ الأوَّلُ لا يجوزُ مِمّا لا يكادُ يصحُّ، فإنّه كالوكيلِ الأوَّلِ إذا أجازَ بَيْعَ الوكيلِ الثّاني جاز، وكالقاضي إذا لم يُؤذَنْ له في الاستخلافِ إذا أجازَ حُكمَ خليفتِهِ جازَ، وذكَرَ في "السِّيَر": إذا نزَلَ قومٌ على حُكمِ رجلٍ فحَكَمَ غيرُهُ بغيرِ رِضاهم لم يَجُزْ، ولو أجازَ الأوَّلُ حُكمَ الثّاني جازَ، وتأويلُ قولِهِ: إنَّ إجازتَهُ باطلةٌ أي: إجازتُهُ تحكيمَهُ وتفويضَهُ إلى الثّاني باطلةٌ؛ لأنَّ الإذنَ مِنه بالتَّحكيمِ في الابتداءِ لا يصحُّ فكذا في الانتهاء، فأمّا إجازتُهُ حُكمَ الثّاني فتجوزُ كأنَّه باشَرَهُ بنفسِهِ، ومِنهم مَن فَرَّقَ بينهما. والفَرْقُ: أنَّ الحُكمَ لا يصحُّ إلاّ بالعبارةِ، فلا يصحُّ مِنه تنفيذُ الحُكمِ عليهما بعبارةِ غيرِهِ، بخلافِ إجازةِ الوكيلِ الأوَّلِ بَيْعَ الثّاني؛ لأنَّ البيعَ يَنفُذُ بدُونِ العبارةِ بالتَّعاطي، فكان المقصودُ بالتَّوكيلِ حُضُورَ رأيِ الوكيلِ عندَ البيعِ لا عبارتَهُ، فإذا أجازَ بَيْعَ الثّاني فقد حضَرَ رأيُهُ ذلك العَقْدَ فصَحَّ، وبخلافِ إجازةِ القاضي حُكمَ خليفتِهِ؛ لأنَّ القاضيَ يَملِكُ القضاءَ بما قَضَى خليفتُهُ مِن غيرِ رِضا الخصمَينِ، فلا يَملِكُ أيضاً إجازةَ قضاءِ الغيرِ عليهما مِن غيرِ رِضاهما، كذا في "محيط السَّرخسيِّ")) اهـ. كذا عبارةُ الأصل، وحقُّهُ حذفُ حرفِ النَّفْيِ مِن قولِهِ: ((فلا يَملِكُ إلخ)).

---

(١) في "د" و"و": ((الخلاف)).

(٢) "الخانية": كتاب الوقف ٢٨٦/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ٤١٠/٦.

(فلو رُفِعَ إلى مُوافِقٍ) لمذهبِهِ (حَكَمَ) ابتداءً (بلُزُومِهِ) بشَرْطِهِ، (ولا يُمضِيهِ)؛ لأنَّه لم يَقَعْ مُعتبَراً. **والحاصلُ**: أنَّه كالقاضي إلاّ في مسائلَ عَدَّ مِنها في "البحر"[(١)] سبعَ عَشْرةَ، ....

[٢٦٥١٩] (قولُهُ: بشَرْطِهِ[(٢)]) أي[(٣)]: مِن كونِهِ مُفرَزاً عقاراً ونحوَ ذلك مِمّا مَرَّ[(٤)] في بابه.

[٢٦٥٢٠] (قولُهُ: ولا يُمضِيهِ) عبارةُ "البحر"[(٥)]: ((لا أنَّه يُمضِيهِ)).

[٢٦٥٢١] (قولُهُ: عَدَّ مِنها في "البحر" سَبعَ عَشْرةَ) أشار إلى أنَّها تَزيدُ على ذلك، وهو كذلك، وتقدَّمَ كثيرٌ مِنها في "الشَّرحِ" و"المتنِ"، منها: أنَّه لو استُقْضِيَ العبدُ ثُمَّ عتَقَ فقَضَى صَحَّ على أحدِ القولينِ، بخلاف المُحكَّمِ كما مَرَّ[(٦)]، وأنَّه لا بدَّ مِن تَراضيهما عليه[(٧)]، وأنَّ التَّحكيمَ لا يصحُّ في حَدٍّ وقَوَدٍ ودِيةٍ على العاقلةِ[(٨)]، وأنَّ لكلٍّ مِنهما عَزْلَهُ قبلَ الحُكمِ[(٩)]،

(قولُهُ: عبارةُ "البحرِ": لا أنَّه يُمضِيهِ) مُقتضى قولِهم: ويُمضِي حكمَهُ إنْ إلخ أنَّ القاضيَ يُمضِي حكمَهُ، لا أنَّه يَحكُمُ بالوَقْفِ ابتداءً، ونَصُّ "البحر": ((الصَّحيحُ أنَّ حكمَهُ بالوَقْفِ لا يَرفَعُ الخلافَ كما في "البزّازيَّة"، وفائدتُهُ: أنَّه لو رُفِعَ إلى مُوافِقٍ يَحكُمُ ابتداءً بلُزُومِهِ لا أنَّه يُمضِيهِ)) اهـ. فعبارةُ "البزّازيَّة" إنَّما تفيدُ أنَّه لا يَرفَعُ الخلافَ، وأمّا الحكمُ به ابتداءً فغيرُ مُفادٍ، وهو محتاجٌ لنصٍّ، وإلاّ كان مُخالِفاً للمُتُون، تأمَّل.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٧/٧ ـ ٢٨.

(٢) قال "ط" في شرح هذه المقولة: ((بأن يكون صادراً من أهله في محلّه)).

(٣) في "الأصل": ((أي: بشرطٍ مِنْ كونِهِ ...)).

(٤) المقولة [٢١٢٩٠] قوله: ((وبقضاء القاضي)).

(٥) في "م": ((لبحر))، وهو خطأ، وانظر "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٨/٧.

(٦) صـ٥٣٥ـ٥٣٦ـ "در".

(٧) صـ٥٣٦ـ "در".

(٨) صـ٥٣٧ـ "در".

(٩) صـ٥٣٨ـ "در".

....

وأنّه لا يَتعدّى حُكمُهُ في الرَّدِّ بالعَيْبِ إلى بائعِ البائعِ[1]، وأنَّه لا يُفتَى بحُكمِهِ في فَسْخِ اليمينِ المضافةِ ونحوِها[2]، وأنَّه لا يصحُّ إخبارُهُ بحكمِهِ[3]، بخلافِ القاضي على ما سيأتي[4] في آخرِ المتفرِّقاتِ، وأنَّه لو خالَفَ حكمُهُ رأيَ القاضي[5] أبطَلَهُ، وأنّه ليس له التَّفْويضُ إلى غيرِهِ[6]، وأنَّ الوَقْفَ لا يَلزَمُ بحكمِهِ[6]، فهذه عَشَرةُ مسائلَ مذكورةٌ في "البحر"[7]. وبقيَ أنَّه لا يجوزُ تعليقُهُ ولا إضافتُهُ عند "أبي يوسف"، وأنَّه لا يَتعدّى حكمُهُ إلى الغائبِ لو كان ما يُدَّعَى عليه سبباً لِما يُدَّعَى على الحاضرِ، وأنَّه لا يجوزُ كتابُهُ إلى القاضي كعكسِهِ، وأنَّه لا يَحكُمُ بكتابِ قاضٍ إلاّ إذا رَضِيَ الخصمانِ، وأنَّه لا يَتعدّى حكمُهُ مِن وارثٍ إلى الباقي والميتِ، وأنَّه لا يَتَعدّى حُكمُهُ على وكيلٍ بعَيْبِ المبيعِ إلى مُوكِّلِهِ، وأنَّه لا يصحُّ حكمُهُ على وَصيٍّ صغيرٍ بما فيه ضَرَرٌ على الصَّغيرِ، وأنَّه لا يَتقيَّدُ ببلدِ التَّحكيمِ، بل له الحكمُ في البلادِ كلِّها،

(قولُهُ: وأنَّه ليس له التَّفْويضُ إلى غيرِهِ) فيه: أنَّ كُلاًّ مِن الحَكَمِ والقاضي لا يَملِكُ الاستخلافَ بدُونِ إذنٍ، وبه يَملِكانِهِ كما يَظهَرُ فيهما، تأمَّل.

(قولُهُ: وأنَّه لا يَتعدّى حُكمُهُ على وكيلٍ بعَيْبِ المبيعِ إلخ) نقَلَ هذه المسألةَ في "البحر" عن "الفتح"، وعبارةُ "الفتح": ((ولو اختَصَمَ الوكيلُ بالبيعِ مع المشتري مِنه في العَيْبِ، فحُكِمَ بردِّهِ على الوكيلِ لم يَلزَم المُوكِّلَ إذا كان العَيْبُ يَحدُثُ مثلُهُ روايةً واحدةً، إلاّ أنْ يَرضَى المُوكِّلُ بتحكيمِهِ معهما، وإنْ كان العَيْبُ لا يَحدُثُ مثلُهُ ولم يَدخُل المُوكِّلُ معهما في التَّحكيمِ ففي لُزُومِهِ للمُوكِّلِ روايتان)) اهـ.

---

(١) صـ٥٣٩ـ "در".

(٢) صـ٥٤٠ـ "در".

(٣) صـ٥٤٣ـ "در".

(٤) المقولة [٢٦٧٥٤] قوله: ((وقيل: يُقبَلُ لو عَدْلاً عالِماً)).

(٥) صـ٥٤٣ـ "در".

(٦) صـ٥٤٤ـ "در".

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٧/٢٧ ـ ٢٨.

منها: ((لوِ ارتَدَّ انعزَلَ، فإذا أسلَمَ احتاجَ لتحكيمٍ جديدٍ، ....

وأنّه لو اختَلَفَ الشّاهدانِ فشَهِدَ أحدُهما أنّه وَكَّلَ زيداً بالخُصُومةِ إلى قاضي الكوفةِ والآخرُ إلى قاضي البصرةِ تُقبَلُ، لا لو شَهِدَ أحدُهما بذلك إلى الفقيهِ فلانٍ والآخرُ إلى الفقيهِ فلانٍ آخرَ؛ لأنَّ الحَكَمَ مُتوسِّطٌ، وقد يكونُ أحدُ المُحكَّمَينِ أحذَقَ مِن الآخرِ، فلا يَرضَى المُوكِّلُ بالآخرِ، بخلافِ ما لو كانَ المطلوبُ نفسَ القضاءِ، فإنّه لا يَختلِفُ كما في "شرح أدب القضاء"[١]، فهذه تسعٌ مذكورةٌ في "البحر"[٢] أيضاً، وذكَرَ فيه أربعَ مَسائِلَ أُخَرَ ذكَرَها "الشّارحُ" بعدُ[٣]، فهذه ثلاثٌ وعشرون مسألةً، وزادَ في "البحر"[٤] أُخرى، حيث قال: ((ثمَّ اعلمْ أنّهم قالوا: إنَّ القضاءَ يَتعدّى إلى الكافّةِ في أربعٍ: الحرِّيّةِ، والنَّسَبِ، والنِّكاحِ، والوَلاءِ، ولم يُصرِّحُوا بحُكْمِها مِن المُحكَّمِ، ويجبُ أنْ لا يَتعدّى، فتُسمَعُ دَعْوى المِلْكِ في المحكومِ بعِتْقِهِ مِن المُحكَّمِ، بخلافِ القاضي)) اهـ.

وفي "الهنديَّة": ((ولو أنَّ رجلاً باعَ سِلْعةَ رجلٍ بأمرِهِ فطعَنَ المشتري بعَيْبٍ فحَكَّما بينهما حَكَماً برِضا الآمرِ، فرَدَّها الحَكَمُ على البائع بسببِ ذلك العَيْبِ بإقرارِ البائع أو بنُكُولِهِ أو ببيِّنةٍ قامَتْ فإنْ كانَ الرَّدُّ بالبيِّنةِ أو بنُكُولِ الوكيلِ فله أنْ يَرُدَّهُ على المُوكِّلِ، وإنْ كان الرَّدُّ بإقرارِهِ بالعَيْبِ وذلك عَيْبٌ لا يَحدُثُ مثلُهُ رَدَّهُ على المُوكِّلِ أيضاً، فإنْ كان يَحدُثُ مثلُهُ لم يَرُدَّهُ على المُوكِّلِ حتّى يُقيمَ البيِّنةَ أنَّ هذا العَيْبَ كان عند المُوكِّلِ، وإنْ كانَت الحكومةُ بغيرِ رِضا الآمرِ لم يَلزَم الآمرَ مِن ذلك شيءٌ إلاّ ببيِّنةٍ أو كان عَيْباً لا يَحدُثُ مثلُهُ، ولو كان هذا الرَّجُلُ اشتَرَى عبداً لرجلٍ بأمرِهِ فطَعَنَ المشتري بعَيْبٍ به وحَكَّما فيما بينَهما رجلاً برِضا الآمرِ و رَدَّ ببعضِ ما ذكرنا فكذلك الجوابُ، وكان الرَّدُّ جائزاً على الآمرِ، كذا في "المحيط")) اهـ.

(قولُهُ: لأنَّ الحَكَمَ مُتوسِّطٌ إلخ) ما ذكرَهُ مِن الفَرْقِ محلُّ تأمُّلٍ، فإنَّ كُلاً مِن الحَكَمِ والقاضي إنّما يَحكُمُ بالشَّرعِ: البيِّنةُ على المُدَّعي، واليمينُ على المنكِرِ.

---

(١) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب التاسع والستون في الشهادة على الوكالة ٣/٤٣١.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٧/٢٧.

(٣) صـ٥٤٥ـ "در".

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٧/٢٨.

بخلافِ القاضي))، ومنها: ((لو رَدَّ الشَّهادةَ لتُهَمَةٍ فلغيرِهِ قَبُولُها، وينبغي أنْ لا يَلِيَ الحَبْسَ، ولم أَرَهُ، ....

قلت: ويُزادُ أيضاً أنَّه يَنعزِلُ بقيامِهِ مِن المجلسِ كما قدَّمناهُ[1] عن "الفتح"، فهي أربعٌ وعشرون[2].

[٢٦٥٢٢] (قولُهُ: بخلافِ القاضي) فإنَّ الفَتْوى على أنَّه لا يَنعزِلُ بالرِّدَّةِ كما قدَّمناهُ[3]، فإذا أسلَمَ لا يَحتاجُ إلى توليةٍ جديدةٍ.

[٢٦٥٢٣] (قولُهُ: فلغيرِهِ قَبُولُها) بخلافِ ما لو رَدَّ قاضٍ شهادةً للتُّهَمَةِ لا يَقبَلُها قاضٍ آخرُ؛ لأنَّ القضاءَ بالرَّدِّ نفَذَ على الكافَّةِ، "بحر"[4] عن "المحيط".

[٢٦٥٢٤] (قولُهُ: وينبغي أنْ لا يَلِيَ الحَبْسَ، ولم أَرَهُ) كذا في بعضِ نسخِ "البحر"[5]، وفي بعضِها [٣/ق٢٣٠/أ] قبلَ قولِهِ: ((ولم أَرَهُ)) ما نصُّهُ: ((وفي "صدر الشَّريعة"[6] من بابِ التَّحكيمِ قال: وفائدةُ إلزامِ الخَصْمِ أنَّ المتبايعَينِ إنْ حَكَّما حَكَماً فالحَكَمُ يُجبِرُ المشتريَ على تسليمِ الثَّمنِ والبائعَ على تسليمِ المبيعِ، ومَن امتنَعَ يَحبِسُهُ اهـ. فهذا صريحٌ في أنَّ الحَكَمَ يَحبِسُ))[7] اهـ.

(قولُهُ: أنَّه يَنعزِلُ بقيامِهِ مِن المجلسِ إلخ) المرادُ أنَّه يَنعزِلُ بقيامِهِ عنه بعدَ الحكمِ لا بقيامِهِ قبلَهُ، ففي "الهنديَّة": ((ولو سافرَ الحَكَمُ أو مَرِضَ أو أُغمِيَ، ثمَّ قَدِمَ مِن سفرِهِ أو بَرِئَ وحَكَمَ جاز، ولو عَمِيَ الحَكَمُ ثمَّ ذهَبَ العَمَى وحَكَمَ لم يَجُزْ)) اهـ.

(قولُهُ: فهي أربعةٌ وعشرون) حقُّهُ: خمسةٌ وعشرون.

---

(١) المقولة [٢٦٥١٠] قوله: ((وصَحَّ إخبارُهُ إلخ)).

(٢) **نقول:** بل مجموعُ ما ذكر خمسٌ وعشرون مسألةً، وقد أشار إلى ذلك الرافعي رحمه الله.

(٣) المقولة [٢٦٠٠٤] قوله: ((فهو على قضائِهِ)).

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٨/٧.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٨/٧.

(٦) "شرح الوقاية": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٧٠/٢ ("هامش كشف الحقائق").

(٧) قال ابن عابدين رحمه الله في "منحة الخالق" ٢٨/٧: ((وكأنه وجد بعد، أو المراد: ولم أره لغيره، تأمل)).

وكذا لم أَرَ حكمَ قَبُولِهِ الهديَّةَ، وينبغي أنْ لا يجوزَ إنْ أُهدِيَ إليه وقتَ التَّحكيمِ)).

[٢٦٥٢٥] (قولُهُ: وكذا إلخ) هذا مِن "البحر" أيضاً حيث قال[1]: ((وكذا لم أَرَ حُكْمَ قَبُولِهِ[2] الهديَّةِ وإجابةِ الدَّعْوة، وينبغي أنْ يجوزَ له؛ لانتهاءِ التَّحكيمِ بالفَراغِ، إلاّ أنْ يُهدَى إليه وقتَهُ مِن أحدِهما فينبغي أنْ لا يجوزَ)) اهـ. وذكَرَ "الرَّحمتيُّ": ((أنَّ الذي ينبغي الجوازُ؛ لأنَّ مَن ارتابَ فيه له عَزْلُهُ قبلَ الحُكْمِ، بخلافِ القاضي)) اهـ، وفيه نَظَرٌ، والله سبحانه أعلم.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ٢٨/٧.

(٢) في "آ" و"ب" و"م": ((قَبُولِ)) دون هاء، وما أثبتناه من "الأصل" هو الموافق لعبارة "البحر".

﴿بابُ كتاب القاضي إلى القاضي وغيره﴾

أرادَ بغيرِهِ قولَهُ: ((والمرأةُ تَقضِي إلخ)). (القاضي يَكتُبُ إلى القاضي في)..............

﴿بابُ كتاب القاضي إلى القاضي وغيره﴾

هذا أيضاً من أحكامِ القضاءِ، غيرَ أنَّه لا يَتَحقَّقُ في الوُجُـودِ إلاّ بقـاضيَينِ، فهـو كـالمُركَّبِ بالنِّسبةِ لِما قبلَهُ، "فتح"[1]. وهذا أَولى مِن قولِ "الزَّيلعيِّ"[2]: ((إنَّه ليس مِن كتابِ القضـاءِ؛ لأنَّـه إمّا نَقْلُ شهادةٍ أو نَقْلُ حُكمٍ، نعمْ هو مِن عَمَلِ القُضاةِ، فكان ذكرُهُ فيه أنسـبَ)) اهـ. وحيـث كان مِن عَمَلِهم فكيـف يَنفِيه؟! "بحر"[3]. وأجـاب في "النَّهـر"[4]: ((بـأنَّ المنفـيَّ كونُـهُ قضـاءً، والمُثبَتَ[5] كونُهُ مِن أحكامِهِ)).

[٢٦٥٢٦] (قولُهُ: وغيرِهِ) عطفٌ على ((كتابِ))، "ط"[6].

[٢٦٥٢٧] (قولُهُ: إلى القاضي) أي: البعيدِ بمسافةٍ يأتي[7] بيانُها، وأفاد أنَّ قاضيَ مِصْرٍ يَكتُبُ إلى مثلِهِ وإلى قاضي الرُّسْتاقِ، بخلافِ العكسِ، وفيـه خـلافٌ يـأتي[8]. قـال في "الفتـح"[9]: ((ولـو كتَبَ القاضي إلى الأميرِ الذي وَلاّهُ ـ أصلَحَ الله الأميرَ ـ ثمَّ قَصَّ القِصَّةَ وهو معه في المِصْرِ، فجاءَ بـه ثِقَةٌ يَعرِفُهُ الأميرُ ففي القياسِ[10] لا يُقبَلُ؛ لأنَّ إيجابَ العملِ بالبيِّنةِ، ولأنَّه لم يَذكُرِ اسمَهُ واسمَ أبيه، وفي الاستحسان يُقبَلُ؛ لأنَّه مُتعارَفٌ، ولا يَليقُ بالقاضي أنْ يأتيَ في كلِّ حادثةٍ إلى الأميرِ لِيُخبِرَهُ، ٤/٣٥٠

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨١/٦ بتصرف.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٢/٤ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٧ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/أ.

(٥) أي: في "الفتح" كما في "النهر".

(٦) "ط": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠٩/٣.

(٧) صـ٥٦٧ـ "در".

(٨) المقولة [٢٦٥٨٤] قوله: ((بل مِن قاضٍ مُوَلًّى إلخ)).

(٩) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٦/٦ ـ ٣٨٧.

(١٠) في "الفتح": ((ففي الفتاوى)).

كلِّ حَقٍّ ـ به يُفتى استحساناً ـ (غيرِ حَدٍّ وقَوَدٍ)؛ للشُّبهةِ، ....

ولو أرسَلَ رسولاً ثِقةً كان كالمرسِلِ في جوازِ العَمَلِ به، فكذا إذا أرسَلَ كتابَهُ، ولم يَجْرِ الرَّسْمُ في مثلِهِ مِن مِصْرٍ إلى مِصْرٍ، فشَرَطْنا هناك كتابَ[1] القاضي إلى القاضي)) اهـ، أي: شَرَطْنا ذلك فيما إذا كان الأميرُ في مصرٍ آخرَ، وقد أسقَطَ في "البحر"[2] و"النَّهر"[3] من عبارة "الفتح" قولَهُ: ((ولم يَجْرِ الرَّسْمُ في مثلِهِ مِن مِصْرٍ إلى مِصْرٍ))، فاختَلَّ نظامُ الكلام، فافهم.

[٢٦٥٢٨] (قولُهُ: كلِّ حَقٍّ) مِن نِكاحٍ، وطَلاقٍ، وقَتْلٍ مُوجَبُهُ مالٌ، وأعيانٍ ولو مَنْقولةً، وهو المَرْوِيُّ عن "محمَّدٍ"، وعليه المتأخِّرون، وبه يُفتَى للضَّرورةِ. وفي "ظاهرِ الرِّواية": لا يجوزُ في المنقولِ؛ للحاجةِ إلى الإشارةِ إليه عند الدَّعْوى والشَّهادةِ. وعن "الثَّاني" تجويزُهُ في العبدِ لغَلَبةِ الإباقِ فيه لا في الأَمَةِ، وعنه تَجْويزُهُ في الكلِّ، قال "الإسبيجابيُّ": ((وعليه الفَتْوى))، "بحر"[4].

[مطلبٌ: عبارةُ القاضي إلى القاضي أقوَى مِن كتابتِهِ إليه]

[٢٦٥٢٩] (قولُهُ: استحساناً) والقياسُ أنْ لا يجوزَ؛ لأنَّ كتابتَهُ لا تكونُ أقوى مِن عبارتِهِ، وهو لو أخبَرَ القاضيَ في محلِّهِ لم يَعمَلْ بإخبارِهِ، فكتابُهُ أَولى، وإنَّما جَوَّزناه لأثرِ "عليٍّ"[5]

﴿بابُ كتاب القاضي إلى القاضي﴾

(قولُهُ: فكذا إذا أرسَلَ كتابَهُ، ولم يَجرِ الرَّسْمُ في مثلِهِ إلخ) والآنَ جَرَى الرَّسْمُ بكتابةِ القاضي إلى الأميرِ مِن مِصْرٍ إلى مِصْرٍ، فينبغي أنْ يُقبَلَ كما لو اتَّحَدَ المِصْرُ.

---

(١) عبارة "الفتح" و"البحر" و"النهر": ((فشَرَطْنا هُناكَ شَرْطَ كِتابِ إلخ)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٥/٧.

(٣) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/أ.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٧ باختصار.

(٥) لم نهتدِ إلى الأثرِ الذي يُريدُهُ المصنِّف عن عليٍّ رضي الله عنه.

وفي الإجماعِ على اعتبارِ الكتابِ والخَطِّ بغَلَبةِ الظَّنِّ دليلٌ على صِحَّةِ ذلك، وقد وَرَدَ عن النَّبيِّ صلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ كُتبٌ كثيرةٌ للمُلوكِ والزُّعَماءِ وعُمّالِهِ، فصِحَّةُ هذا دليلٌ على صِحَّةِ كتابِ القاضي إلى القاضي؛ فإنْ جازَ بينَ المُلوكِ والوُلاةِ فلأنْ يَجوزَ بينَ القُضاةِ أَوْلى، واللَّهُ أعلَمُ. =

....

رضيَ الله تعالى عنه وللحاجةِ، "بحر"[١].

= أماكُتبُ النَّبيِّ صلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ إلى عُمَّالِهِ؛ فقد رَوَى مَعمَرٌ وابنُ جُرَيجٍ وسفيانُ بنُ عُيَينةَ وسفيانُ بن حسينٍ عن الزُّهريِّ عن سعيدِ بنِ المسيِّبِ عن الضَّحَّاكِ بنِ سفيانَ الكلابيِّ ـ وكان استعملَهُ رسولُ اللّهِ على الأعرابِ ـ قال: ((كَتَبَ إليَّ رسولُ اللَّهِ صلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ أنْ وَرِّثِ امرأةَ أشْيَمَ الضِّبابيِّ مِن دِيَةِ زوجها))، فأَخَذَ بذلك عمرُ .

أخرجَهُ عبد الرّزّاق في "المصنّف" (١٧٧٦٤) و(١٧٧٦٥)، عنه أحمد ٤٥٢/٣ وأبو داود (٢٩٢٧) في الفرائض ـ باب في المرأة ترث من دية زوجها، والتّرمذيّ (١٤١٥) في الدِّيات ـ باب في المرأة هل ترث من دية زوجها، و(٢١١٠) في الفرائض ـ باب ميراث المرأة من دية زوجها، والنّسائيّ في "الكبرى" (٦٣٦٣) و(٦٣٦٤) في الفرائض ـ توريث المرأة من دية زوجها، وابن ماجه (٢٦٤٢) في الديات ـ باب الميراث من الدّية، والطّبرانيّ في "الكبير" (٨١٣٩) و(٨١٤١ ـ ٨١٤٢)، وسعيد بن منصور في "سننه" (٢٩٥) و(٢٩٧)، والشّافعيّ في "مسنده" (٣٦٠)، وابن أبي شيبة ٣١٣/٩ ، وابن الجارود في "المنتقى" (٩٦٦)، وابن أبي عاصم في "الآحاد والمثاني" (١٤٩٦) و(١٤٩٧)، والدارقطنيّ في "السنن" ٧٧/٤، وأبو نعيم في "معرفة الصحابة" (٣٩٠٠) والبيهقيّ في "السنن" ٥٧/٨ و١٣٤. قال التّرمذيّ: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ.

هكذا رواه أصحابُ ابنِ عيينةَ إلا محمَّدَ بنَ منصورٍ فرواه عن سفيانَ مرّةً عن يحيى بنِ سعيدٍ عن الزّهريّ به. أخرجه النّسائيّ في "الكبرى" (٦٣٦٥).

ورواه زهيرُ بنُ معاويةَ وابنُ أبي زائدةَ ويزيدُ بنُ هارونَ عن يحيى بنِ سعيدٍ عن الزُّهريِّ أنَّ عمرَ نَشَدَ النّاسَ بمِنى ..، فقال الضّحّاكُ: كَتَبَ إليَّ النّبيُّ به. أخرجه النّسائيّ في "الكبرى" (٦٣٦٦)، والطّبرانيّ (٨١٤٠)، والدّارقطنيّ ٧٧/٤.

وهكذا رواه مالك في "الموطّأ" ٨٦٦/٢ في العقول ـ باب ميراث العقل؛ عن الزّهريّ أن عمر .. مرسلاً . وعنه البيهقي ١٣٤/٨.

وأغربَ ابنُ إسحاقَ فرواه عن الزّهريّ قال: حُدِّثتُ عن المغيرةِ أنّه قال: حَدَّثْتُ عمرَ بقصّةِ أشْيَمَ فقال: لتأتِيَنِّي على هذا بما أعرفُ، فنَشَدْتُ النّاسَ في الموسمِ فأقبَلَ رجلٌ يُقالُ له زرارةُ بنُ جري فحَدَّثَهُ عن النّبيِّ بذلك. أخرجَهُ ابنُ شاهين كما في "الإصابة" ٥٢/١ و١٥١/٢.

وإنّما رواه خالدُ بنُ عبدُ الرَّحمنِ والوليدُ وصدقةُ بنُ خالدٍ عن محمّدِ بنِ عبدِ اللَّهِ الشّعيثيّ عن زفرَ بنِ وثيمةَ عن المغيرةِ أنَّ زرارةَ بنَ جُزَيٍّ قال لعمرَ: إنَّ رسولَ اللَّهِ كَتَبَ إلى الضَّحّاكِ أنْ يُورِّثَ .. مثلَهُ. وفي روايةِ صدقةَ: أنَّ أسعدَ بنَ زرارةَ قال لعمرَ: .. به.

أخرجه الطّبرانيّ في "الكبير" (٨٩٨)، والدّارقطنيّ في "السنن" ٧٦/٤، وأبو نعيم في "المعرفة" (٣٠٨٥)، وأبو يعلى والحسن بن سفيان كما في "الإصابة ٥٢/١ و٥٤٦ . قال الدّارقطنيّ: ورواه زهيرُ بنُ هندٍ [أو ابنُ هنيدٍ] عن الشّعيثيّ عن مكحولٍ عن زرارةَ بنِ جُزَيٍّ عن المغيرةِ فذكره.

قال ابنُ حجر: إسنادُهُ حسنٌ.

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٧.

(فإنْ شَهِدُوا على خَصْمٍ حاضرٍ حَكَمَ بالشَّهادةِ وكَتَبَ بحُكمِهِ) ليَحفَظَ (و) كتابُ الحُكمِ

[٢٦٥٣٠] (قولُهُ: فإنْ شَهِدُوا على خَصْمٍ حاضرٍ إلخ) قال في "النِّهاية": ((المرادُ بالخَصْمِ هو الوكيلُ عن الغائبِ، أوِ المُسخَّرُ الذي جعلَهُ ـ أي: القاضي ـ وكيلاً لإثباتِ الحقِّ، ولو كان المرادُ بالخَصْمِ هو المُدَّعَى عليه لَما احتِيْجَ إلى قاضٍ آخرَ؛ لأنَّ حُكمَ القاضي قد تَمَّ على الأوَّلِ)).

أقول: لا يخفى ما فيه من التَّكلُّفِ، والأحسنُ أنْ يُقالَ: إنَّ قولَهُ: ((فإنْ شَهِدُوا على خَصْمٍ)) ليس بمقصودٍ بالذّاتِ في هذا البابِ، بل تَوْطِئةٌ لقولِهِ: ((وإنْ شَهِدُوا بغيرِ خَصْمٍ لم يَحكُمْ فيه، ونظائرُهُ كثيرةٌ))، كذا في "الدُّرر"[1].

قلت: وحاصلُهُ: أنَّه ليس المرادُ في هذه المسألةِ مِن كتابِ القاضي حكمَهُ إلى قاضٍ آخرَ حتّى يُرادَ بالخَصْمِ فيها الوكيلُ أو المُسخَّرُ، بل المرادُ أنَّ الشَّهادةَ عند القاضي تارةً تكونُ على خَصْمٍ حاضرٍ فيَحكُمُ بها عليه ويَكتُبُ بحكمِهِ كتاباً ليَحفَظَ الواقعةَ، لا ليَبْعَثَهُ إلى قاضٍ آخرَ؛ لأنَّ الحُكمَ قد تَمَّ، وتارةً تكونُ على خَصْمٍ غائبٍ، وهي الآتيةُ، فهذه ذُكِرَتْ تَوْطِئةً لتلك، وإلى هذا أشارَ "الشّارحُ" بقولِهِ: ((ليَحفَظَ))، [٣/ق٢٣٠/ب] أي: ليَحفَظَ الواقعةَ. وذَكَرَ في "النَّهر"[2] عن "الزَّيلعيِّ"[3]: ((أنه إذا قُدِّرَ أنَّ الخَصْمَ غابَ[4] بعدَ الحُكمِ عليه وجَحَدَ الحُكمَ فحينئذٍ يَكتُبُ له ليُسلِّمَ إليه حَقَّهُ أو ليُنفِّذَ حُكمَهُ)) اهـ.

وحاصلُهُ: أنَّه قد يَحتاجُ في المسألةِ الأُولى إلى أنْ يبعَثَ بكتابِ حُكمِهِ على الخَصْمِ الحاضرِ إلى قاضٍ آخرَ، فيكونُ ذِكْرُها مقصوداً في هذا البابِ، وأفاد "القُهستانيُّ"[5]: ((أنَّ الكتابَ يكونُ إلى القاضي ولو كان الخَصْمُ حاضراً، وذلك لإمضاءِ قاضٍ آخرَ، كما إذا ادَّعَى على آخرَ ألفاً وبرهَنَ وحَكَمَ به، ثمَّ اصطَلَحا أنْ يأخُذَهُ مِنه في بلدٍ آخرَ وخافَ أنْ يُنكِرَ، فكَتَبَ به لإمضاءِ قاضي البلدِ)).

---

(١) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي ٢/٤١٢.
(٢) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/أ.
(٣) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/١٨٤.
(٤) عبارةُ "النهر" ((قال)) بدل ((غاب))، وهو تحريف.
(٥) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢٥ بتصرف.

(هو السِّجلُّ الحُكمِيُّ)، أيِ: الحُجَّةُ التي فيها حُكـمُ القـاضي، هـذا في عُرفِهـم، وفي عُرفِنا: كتابٌ كبيرٌ تُضبَطُ فيه وقائعُ النّاس، (وإنْ لم يَكُنِ الخصمُ حاضراً لم يَحكُمْ)؛ لأنَّه حُكمٌ على الغائبِ (وكَتَبَ الشَّهادةَ) إلى قاضٍ يكونُ الخصمُ في وِلايتِهِ (ليَحكُمَ) القاضي (المكتوبُ إليه بها على رأيِهِ وإنْ كـان مُخالِفـاً لـرأيِ الكـاتِبِ)؛ لأنـه ابتـداءُ حُكمٍ (وهو) نَقْلُ الشَّهادةِ حقيقةً، ....

[٢٦٥٣١] (قولُهُ: هو السِّجلُّ) بكسرِ السِّينِ والجيمِ وتشديدِ اللاّم، والضَّمَّتان مع التَّشديدِ، والفتحُ مع سكونِ الجيم، والكسرُ: لغاتٌ، "قُهستاني"[(١)] عن "الكشّاف"[(٢)].

[٢٦٥٣٢] (قولُهُ: التي فيها حُكمُ القاضي) بيانٌ للنِّسبةِ في قولِـهِ: ((الحُكمِـيُّ))، وشَـمِلَ ما إذا كان إلى قاضٍ آخرَ أوْ لا.

[٢٦٥٣٣] (قولُهُ: وكَتَبَ الشَّهادةَ) أي: بعدَما سَمِعَها وعُدِّلَتْ، "نهر"[(٣)].

[مطلبٌ: السِّجلُّ الحُكْميُّ مَحكُومٌ به دوْنَ الكتابِ الحُكْميِّ]

[٢٦٥٣٤] (قولُهُ: وإنْ كان مُخالِفاً لرأيِ الكاتِبِ إلخ) أي: بخلافِ السِّجلِّ، فإنَّه ليس له أنْ يُخالِفَهُ ويَنقُضَ حُكمَهُ؛ لأنَّ السِّجلَّ محكومٌ به دُونَ الكتابِ، ولهذا له أنْ لا يَقبَـلَ الكتـابَ دُونَ السِّجلِّ كما في "البحر"[(٤)] عن "مُنية المفتي". وقولُهُ في "النَّهر"[(٥)]: ((ولم أَجِدْهُ فيها)) مبنيٌّ علـى ما في نسختِهِ، وإلاّ فقد وَجَدتُهُ في نُسختِي. وفي "الفتح"[(٦)]: ((والكتابُ الحُكميُّ لا يُـلزِمُ العمـلَ إذا كان يُخالِفُهُ؛ لأنه لم يَقَعْ حُكمٌ في محلِّ اجتهادٍ، فله أنْ لا يَقبَلَهُ ولا يَعمَلَ به)).

---

(١) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢٥ بتصرف.

(٢) "الكشاف" للزمخشري: سورة الأنبياء ـ الآية ١٠٤، وعبارته: ((السُّجُلّ بوزن العُتُلّ، والسَّجْلُ بلفظ الدَّلْو، وروي فيه الكسر، وهو الصحيفة.....)).

(٣) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/أ.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٣ بتصرف.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/ب.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٨٢ ـ ٣٨٣.

ويُسمّى (الكتابَ الحُكمِيَّ) وليس بسِجِلٍّ، (وقرَأ) الكتابَ (عليهم) أو أعلَمَهم بما فيه[1]، (وخَتَمَ عندَهم) أي: عندَ شُهُودِ الطَّريقِ، ....

[٢٦٥٣٥] (قولُهُ: ويُسمّى الكتابَ الحُكمِيَّ) هذا في عُرفِهم، نَسَبُوه إلى الحُكمِ باعتبارِ ما يَؤُولُ، "فتح"[2].

[٢٦٥٣٦] (قولُهُ: وليس بسِجِلٍّ) لأنَّ السِّجلَّ محكومٌ به بخلافِ الكتابِ الحُكمِيِّ.

[٢٦٥٣٧] (قولُهُ: وقرَأَ الكتابَ عليهم) أي: على شُهُودِ الطَّريقِ، ولو فسَّرَ الضَّميرَ هنا وترَكَهُ في قولِهِ: ((وخَتَمَ عندَهم)) ليعودَ على معلومٍ لكان[3] أولى، "ط"[4].

[٢٦٥٣٨] (قولُهُ: أو أعلَمَهم بما فيه) أي: بإخبارِهِ؛ لأنَّه لا شهادةَ بلا عِلْمِ المشهودِ به، كما لو شَهِدُوا بأنَّ هذا الصَّكَّ مكتوبٌ على فلانٍ لا يُفيدُ ما لم يَشهَدُوا بما تَضَمَّنَهُ مِن الدَّيْنِ، "فتح"[5]. قال في "البحر"[6]: ((ولا بدَّ لهم مِن حِفْظِ ما فيه، ولهذا قيل: ينبغي أنْ يكونَ معهم نسخةٌ أُخرى مفتوحةٌ، فيَستعِينُوا مِنها على الحفظِ، فإنَّه لا بدَّ مِن التَّذكُّرِ من وقتِ الشَّهادةِ إلى وقتِ الأداءِ عندهما)).

[٢٦٥٣٩] (قولُهُ: وختَمَ عندَهم) أي: على الكتابِ بعدَ طَيِّهِ، ولا اعتبارَ للخَتْمِ في أسفلِهِ، فلو انكسَرَ خاتَمُ القاضي، أو كان الكتابُ منشوراً لم يُقبَلْ وإنْ خُتِمَ في أسفلِهِ كما في "الذَّخيرة"، وإنَّما قال: ((عندَهم)) لأنَّه لا بدَّ أنْ يَشهَدُوا عندَهُ أنَّ الخَتْمَ بحضرتِهم كما في "المغني"، واشتراطُ الخَتْمِ ليس بشرطٍ إلاّ إذا كان الكتابُ في يدِ المُدَّعي، وبه يُفتَى كما ذكرَهُ "المصنِّفُ"[7]، "قُهستاني"[8].

---

(١) في "د" و"و": ((بما به)).

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٢/٦.

(٣) في "الأصل": ((على معلومٍ لَهُ كان أَوْلَى)).

(٤) "ط": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠٩/٣.

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/٧.

(٧) أي: صاحب "النقاية مختصر الوقاية" لصدر الشريعة.

(٨) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢٢٥/٢ ـ ٢٢٦ بتصرف.

(وسَلَّمَ) الكتابَ (إليهم بعدَ كتابةِ عُنوانِهِ في باطنِهِ) وهو أنْ يَكتُبَ فيه اسمَهُ واسمَ المكتوبِ إليه وشُهرتَهما، (فلو كان) العُنوانُ (على ظاهرِهِ لم يُقبَلْ)، قيل: هذا في عُرفِهم، وفي عُرفِنا يكونُ على الظّاهرِ، فيُعمَلُ به. ....

[٢٦٥٤٠] (قولُهُ: وسَلَّمَ الكتابَ إليهم) أي: في مجلسٍ يصحُّ حكمُهُ فيه، فلو سَلَّمَ في غيرِ ذلك المجلسِ لم يصحَّ كما في "الكَرْمانيِّ"، "قُهستانيّ"[١]. قال في "النِّهاية": ((وعملُ القُضاةِ اليومَ أنَّهم يُسلِّمُون المكتوبَ إلى المُدَّعي، وهو قولُ "أبي يوسف"، وهو اختيارُ الفتوى على قولِ "شمس الأئمَّة"[٢]، وعلى قولِ "أبي حنيفة" يُسلِّمُ المكتوبَ إلى الشُّهودِ، كذا وَجَدتُ بخطِّ شيخي)) اهـ. ثُمَّ قال: ((وأجمعوا في الصَّكِّ أنَّ الإشهادَ لا يصحُّ ما لم يَعلَم الشّاهدُ ما في الكتابِ، فاحفَظْ هذه المسألةَ، فإنَّ النّاس اعتادُوا خلافَ ذلك)) اهـ "سعديَّة"[٣]. لكنْ يُنافي دَعْوى الإجماعِ ما سيأتي[٤] عن "أبي يوسف"، وقدَّمَ "المصنِّفُ"[٥] في باب الاستحقاق: ((لا يُحكَمُ بسِجلِّ الاستحقاقِ بشهادةِ أنَّه كتابُ كذا، بل لا بدَّ مِن الشَّهادةِ على مضمونِهِ، وكذا ما سِوى نَقْلِ الشَّهادةِ والوَكالةِ)) اهـ، ومثلُهُ في "الغرر"[٦]. فهذا صريحٌ في أنَّ كتابَ نَقْلِ الشَّهادةِ والوكالةِ لا يَحتاجُ للشَّهادةِ على مضمونِهِ، ومُقتضاه: أنَّه لا حاجةَ لقراءتِهِ على الشُّهودِ أيضاً، والظّاهرُ أنَّه مبنيٌّ على قولِ "أبي يوسف" الآتي[٧]، تأمَّلْ.

٣٥١/٤

[٢٦٥٤١] (قولُهُ: وشُهرتَهما) أفاد أنَّ الاسمَ وحدَهُ لا يكفي بلا شُهرةٍ بكُنيةٍ ونحوِها،

(قولُهُ: لكنْ يُنافي دَعْوى الإجماعِ ما سيأتي إلخ) بحَمْلِ الصَّكِّ على المُتبادِرِ مِن وثيقةِ القَرْضِ ونحوِهِ تَندفِعُ المنافاةُ، تأمَّلْ.

---

(١) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢٢٦/٢.

(٢) انظر "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب الوكالة في النكاح ١٧/٥، وكتاب الوكالة ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي في الوكالة ٢٧/١٩.

(٣) "الحواشي السعدية": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦ (هامش "فتح القدير").

(٤) المقولة [٢٦٥٤٢] قوله: ((واكتَفَى "الثّاني" إلخ)).

(٥) ٣٣٢/١٥ ـ ٣٣٣ "در".

(٦) "الدرر والغرر": كتاب البيوع ـ باب الاستحقاق ١٩٢/٢ ـ ١٩٣.

(٧) المقولة [٢٦٥٤٢] قوله: ((واكتَفَى "الثّاني" إلخ)).

واكتَفَى "الثّاني" بأنْ يُشهِدَهم أنّه كتابُهُ، وعليه الفَتْوى كما في "العَزْمِيَّة" عن "الكفاية"[١]، وفي "الملتقى": ((وليس الخَبَرُ كالعِيانِ[٢]))،..........................

قال في "الفتح"[٣]: ((ولو كان العُنوانُ مِن فلانٍ [٣/ق٢٣١/أ] إلى فلان أو مِن أبي فلان إلى أبي فلان لا يُقبَلُ؛ لأنَّ مجرَّدَ الاسمِ أو الكنيةِ لا يُتعرَّفُ به، إلاّ أنْ تكونَ الكُنيةُ مشهورةً مثل: "أبي حنيفة"، و"ابنِ أبي ليلى"، وكذلك النِّسبةُ إلى أبيه فقط كـ"عمرَ بن الخطّاب" و"عليِّ بن أبي طالبٍ"، وقيل: هذا روايةٌ، وفي سائرِ الرِّواياتِ لا تُقبَلُ الكُنيةُ المشهورةُ؛ لأنَّ النّاس يَشتركون فيها، ويَشتهِرُ بها بعضُهم، فلا يُعلَمُ أنَّ المكتوبَ إليه هو المشهورُ بها أو غيرُهُ، بخلاف ما لو كَتَبَ إلى قاضي بلدةِ كذا، فإنَّه في الغالبِ يكونُ واحداً، فيَحصُلُ التَّعريفُ بالإضافةِ إلى محلِّ ولايتِهِ)) اهـ مُلخَّصاً. قال في "النَّهر"[٤]: ((ويَكتُبُ فيه اسمَ المُدَّعي والمُدَّعَى عليه و جَدِّهما، ويَذكُرُ[٥] الحقَّ والشُّهودَ إنْ شاءَ، وإنْ شاءَ اكتَفَى بذِكْرِ شهادتِهم، ومِن الشُّروطِ أنْ يَكتُبَ فيه التّاريخَ، فلو لم يَكتُبْهُ لا يُقبَلُ)) اهـ، أي: ليُعلَمَ أنَّه[٦] كان قاضياً حالَ الكتابةِ كما في "الفتح"[٧].

[٢٦٥٤٢] (قولُهُ: واكتَفَى "الثّاني" إلخ) الذي في "العَزْمِيَّة" عن "الكفاية" هو عبارةُ "النِّهاية" التي ذكرناها آنفاً[٨]، وعبارةُ "الملتقى"[٩] هكذا: ((و"أبو يوسف" لم يَشترطْ شيئاً مِن ذلك سِوى شهادتِهم أنَّه كتابُهُ لَمّا ابتُلِيَ بالقضاءِ، واختارَ "السَّرخسيُّ"[١٠] قولَهُ، وليس الخَبَرُ كالعِيانِ)) اهـ،

---

(١) "الكفاية": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٢) وقد ورد في المثل: ((ليس الخَبَرُ كالمعاينة))، ويروى أن سيدنا رسول الله ﷺ أول من قاله.اهـ "مجمع الأمثال" ١٨٢/٢.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦.

(٤) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/ب باختصار.

(٥) في "آ": ((بذكر)) بالباء الموحدة.

(٦) في "آ": ((إن)).

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦ بتصرف.

(٨) المقولة [٢٦٥٤٠] قوله: ((وسَلَّمَ الكتابَ إليهم)).

(٩) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء ـ فصل: إذا شهدوا إلخ ٧٤/٢.

(١٠) "المبسوط": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٩٦/١٦ بتصرف.

(فإذا وصَلَ إلى المكتوبِ إليه نظَرَ إلى خَتْمِهِ) أوَّلاً، (ولا يَقبَلُهُ) أي: لا يَقرَؤُهُ (إلاّ بحُضُورِ الخَصْمِ وشُهُودِهِ، ولا بدَّ من إسلامِ شُهُودِهِ ولو كان لذِمِّيٍّ على ذِمِّيٍّ)؛ ....

أي: أنَّ "أبا يوسف" باشَرَ القضاءَ مُدَّةً مَدِيدةً، فاختارَ ذلك لَمّا عايَنَ المشقَّةَ في الشُّروطِ المارَّةِ، فلذا اختارَ "السَّرخسيُّ" قولَهُ، وظاهرُهُ أنَّ الخَتْمَ ليس بشرطٍ عندَهُ، وظاهرُ "الفتح"[١] أنَّه روايةٌ عنه، قال[٢]: ((ولا شكَّ عندي في صحَّتِهِ، فإنَّ الفَرْضَ عَدالةُ حَمَلَةِ الكتابِ، فلا يَضُرُّ عدمُ خَتْمِهِ مع شهادتِهم أنَّه كتابُهُ، نعم إذا كان الكتابُ مع المُدَّعي ينبغي اشتراطُ الخَتْمِ لاحتمالِ التَّغييرِ، إلاّ أنْ يَشهَدُوا بما فيه حِفْظاً)).

[٢٦٥٤٣] (قولُهُ: أي: لا يَقرَؤُهُ) أشارَ إلى ما في "البحر"[٣] عن "الفتح"[٤]: ((من أنَّ المرادَ مِن عدمِ قَبُولِهِ بلا خَصْمٍ عدمُ قراءتِهِ لا مجرَّدُ قَبُولِهِ؛ لأنَّه لا يَتعلَّقُ به حُكْمٌ)) اهـ.

[٢٦٥٤٤] (قولُهُ: إلاّ بحُضُورِ الخَصْمِ وشُهُودِهِ) أي: شُهُودِ أنَّه كتابُ فُلانٍ القاضي، وأنَّه خَتْمُهُ، "نهر"[٥]. وزاد بعدَ هذا في "الكنز"[٦]: ((فإنْ شَهِدُوا أنَّه كتابُ فلانٍ القاضي سَلَّمَهُ إلينا في مجلسِ حُكمِهِ وقَرَأَهُ علينا وخَتَمَهُ فَتَحَهُ القاضي، وقَرَأَهُ على الخصمِ وألزَمَهُ بما فيه))، قال في "البحر"[٧]: ((يعني: إذا ثَبَتَتْ عَدالتُهم، بأنْ كان يَعرِفُهم بها، أو وجَدَ في الكتابِ عَدالتَهم، أو سأَلَ مَن يَعرِفُهم مِن الثِّقاتِ فزُكُّوا، وأمّا قبلَ ظُهُورِ عَدالتِهم فلا يَحكُمُ به، ولا يُلزِمُ الخصمَ))، ثمَّ ذكَرَ قولَ "أبي يوسف" المارَّ[٨].

---

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/٧.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٨/٦ بتصرف.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/ب بتصرف.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨٨/٢.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/٧.

(٨) المقولة [٢٦٥٤٢] قوله: ((واكتَفَى "الثّاني" إلخ)).

لشهادتِهم على فعلِ المُسلِمِ، (إلاّ إذا أَقَرَّ الخَصْمُ فلا حاجةَ إليهم) أي: الشُّهودِ، (بخلافِ كتابِ الأمانِ) في دارِ الحربِ (حيث لا يَحتاجُ إلى بيِّنةٍ) لأنَّه ليس بمُلزِمٍ. وفي "الأشباه": ((لا يُعمَلُ بالخَطِّ إلاّ في مسألةِ كتابِ الأمانِ، ....

[٢٦٥٤٥] (قولُهُ: لشهادتِهم على فعلِ المسلم) وهو أنَّه كَتَبَ الكتابَ وخَتَمَهُ وقرَأَهُ عليهم وسَلَّمَهُ إليهم.

[٢٦٥٤٦] (قولُهُ: إلاّ إذا أَقَرَّ الخَصْمُ) أي: بأنَّه كتابُ فلانٍ القاضي.

[٢٦٥٤٧] (قولُهُ: بخلافِ كتابِ الأمانِ) معناه: إذا جاءَ الكتابُ مِن مَلِكِهِم بطلبِ الأمانِ، "بحر"[(١)] عن "العناية"[(٢)].

[٢٦٥٤٨] (قولُهُ: لأنَّه ليس بمُلزِمٍ) لأنَّ له أنْ لا يُعطِيَهم الأمانَ بخلافِ كتابِ القاضي، فإنَّه يجبُ على القاضي المكتوبِ إليه أنْ يَنظُرَ فيه ويَعمَلَ به، ولا بدَّ للمُلزِمِ مِن الحُجَّةِ، وهي البيِّنةُ، "فتح"[(٣)].

(فرعٌ)

لو مَرِضَ شُهُودُ الكتابِ في الطَّريقِ أو الرُّجُوعِ إلى بَلَدِهِم أو السَّفرِ إلى بلدةٍ أُخرى، فأَشهَدُوا قوماً على شهادتِهم جاز، وتمامُهُ في "الخانيَّة"[(٤)].

مطلبٌ: لا يُعمَلُ بالخَطِّ

[٢٦٥٤٩] (قولُهُ: لا يُعمَلُ بالخَطِّ) عبارةُ "الأشباه"[(٥)]: ((لا يُعتمَدُ على الخَطِّ، ولا يُعمَلُ

(قولُ "الشّارح": لأنَّه ليس بمُلزِمٍ) هو وإنْ كان غيرَ مُلزِمٍ إلاّ أنَّه يَثبُتُ الأمانُ لحامِلِهِ، فإنَّ الرَّسولَ لا يَحتاجُ إلى أمانٍ خاصٍّ كما في "السِّنديِّ" عن "البحر". والظّاهرُ: أنَّ العلَّةَ في عدمِ اشتراطِ البيِّنةِ على أنَّه كتابُ مَلِكِ أهلِ الحربِ هو التَّعذُّرُ غالباً، وانظُرْ ما يأتي أوَّلَ كتابِ الشَّهادة.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٤.

(٢) "العناية": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٨٦ بتصرف (هامش "فتح القدير").

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٨٦.

(٤) انظر "الخانية": كتاب الشهادات ـ فصل في الشهادة على الشهادة ٢/٤٨٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٥٧ـ.

ويُلحَقُ به البَراءاتُ، ....

بمكتوبِ الوَقْفِ الذي عليه خُطُوطُ القُضاةِ الماضِيْنَ)) إلخ، قـال "البيريُّ"[1]: ((المرادُ مِن قولِـهِ: لا يُعتمَدُ أي: لا يَقضِي القاضي بذلك عندَ المنازَعةِ؛ لأنَّ الخَطَّ مما يُزَوَّرُ ويُفتَعَـلُ كمـا في "مختصر الظَّهيريَّة"[2]، وليس مِنه ما في دَواوينِ القُضـاةِ)) إلى آخرِ مـا قدَّمنـاهُ[3] أوَّلَ القضـاءِ عنـد قولِـهِ: ((فإذا تقلَّدَ طلَبَ ديوانَ قاضٍ قبلَهُ))، فراجِعْهُ.

[٢٦٥٥٠] (قولُهُ: ويُلحَقُ به البَراءاتُ) عبارةُ "الأشباه"[4]: ((ويمكنُ إلحاقُ البَراءاتِ السُّلطانيَّةِ المتعلِّقةِ بالوظائفِ إنْ كانتِ العِلَّةُ [٣/ق٢٣١/ب] أنَّه ـ يعني: كتابَ الأمان ـ لا يُزَوَّرُ، وإنْ كانتِ العِلَّةُ الاحتياطَ في الأمانِ لِحَقْنِ الدَّمِ فلا)).

أقولُ: يجبُ المصيرُ إلى الأخيرِ، "سائحانيٌّ"، أي: لإمكانِ التَّزْويرِ، بل قد وقَعَ كمـا ذكـرَهُ "الحَمَويُّ"[5]، وحينئذٍ فلا يصحُّ الإلحاقُ، ولكنْ قد عَلِمـتَ أنَّ العِلَّـةَ في كتـابِ الأمـانِ أنَّـه غيرُ مُلزِمٍ، وقدَّمنا[6] أوَّلَ القضاءِ استظهارَ كونِ عِلَّةِ العملِ بما لـه رُسُومٌ في دواويـنِ القُضـاةِ الماضِيْنَ هي الضَّرورةَ، وهنا كذلك، فإنَّه يَتعذَّرُ إقامةُ البيِّنةِ على ما يَكتبُهُ السُّلطانُ من البَراءاتِ لأصحابِ الوظائفِ ونحوِهم، وكذا منشورُ القاضي والوالي وعامَّـةُ الأوامرِ السُّلطانيَّةِ مع جَرَيانِ العُرفِ والعادةِ بقَبُولِ ذلك بمجرَّدِ كتابتِهِ، وإمكانُ تَزْويرِها على السُّلطانِ لا يَدفَعُ ذلـك؛ لأنَّـه وإنْ وقَعَ فهو أمرٌ نادرٌ قلَّما يقعُ، وهو أندرُ مِن إمكانِ تَزْويرِ الشُّهودِ، وهو أَولى بالقَبُولِ مِن دفترِ الصَّرّافِ ونحوِهِ، فإنَّهم عَمِلُوا به للعُرفِ كما يأتي[7]. ٣٥٢/٤

---

(١) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق١١٥/أ باختصار.

(٢) المسمى بـ:"المسائل البدرية المنتخبة من الفتاوى الظهيرية" للعيني (ت٨٥٥هـ)، وتقدمت ترجمته ٤٠٠/١٢.

(٣) المقولة [٢٦٠٤٣] قوله: ((فإذا تقلَّدَ طلَبَ ديوانَ قاضٍ قبلَهُ)).

(٤) "الأشباه والنظائر":الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٥٧ـ.

(٥) "غمز عيون البصائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ٣٠٩/٢.

(٦) المقولة [٢٦٠٤٣] قوله: ((فإذا تقلَّدَ طلَبَ ديوانَ قاضٍ قبلَهُ)).

(٧) في المقولة الآتية.

....

مطلبٌ في العملِ بما في الدَّفاترِ السُّلطانيَّة

وذكَرَ العلاّمةُ "البَعْليُّ" في "شرحِهِ" على "الأشباهِ"[(١)]: ((أنَّ للشّارحِ العلاّمةِ الشَّيخِ "علاء الدِّين" رسالةً[(٢)] حاصلُها ـ بعدَ نقلِهِ ما في "الأشباه"، وأنَّ "ابنَ الشِّحنةِ"[(٣)] و"ابنَ وهبانَ" جزَما بالعملِ بدفترِ الصَّرّافِ ونحوِهِ لعِلَّةِ أَمْنِ التَّزْويرِ كما جزَمَ به "البزّازيُّ"[(٤)] و"السَّرخسيُّ"[(٥)] و"قاضي خان"[(٦)] ـ قال: إنَّ هذه العِلَّةَ في الدَّفاترِ السُّلطانيَّةِ أَولى كما يَعرِفُهُ مَن شاهَدَ أحوالَ أهاليها حين نَقْلِها؛ إذ لا تُحرَّرُ أوَّلاً إلاّ بإذنِ السُّلطان، ثمَّ بعدَ اتِّفاقِ الجَمِّ الغفيرِ على نَقْلِ ما فيها مِن غيرِ تَساهُلٍ بزيادةٍ أو نقصانٍ تُعرَضُ على المعيَّنِ لذلك فيَضَعُ خَطَّهُ عليها، ثمَّ تُعرَضُ على المُتولّي لحِفْظِها المسمّى بدفتر أميني فيَكتُبُ عليها، ثمَّ تُعادُ أصولُها إلى أَمْكِنَتِها المحفوظةِ بالخَتْمِ، فالأَمْنُ مِن التَّزْويرِ مقطوعٌ به، وبذلك كلِّهِ يَعلَمُ جميعُ أهلِ الدَّولةِ والكَتَبَةُ، فلو وُجِدَ في الدَّفاترِ أنَّ المكانَ الفُلانيَّ وَقْفٌ على المدرسةِ الفُلانيَّةِ مثلاً يُعمَلُ به مِن غيرِ بيِّنةٍ، وبذلك يُفتي مشايخُ الإسلام كما هو مُصرَّحٌ به في "بهجة" "عبد الله أفندي"[(٧)] وغيرِها، فليُحفَظْ)) اهـ.

قلتُ: ويُؤيِّدُهُ العملُ بما في دَواوينِ القُضاةِ الماضِيْنَ، وكأنَّ مشايخَ الإسلامِ المُوَلَّيْنَ في الدَّولةِ العثمانيَّة أَفْتَوا بما ذُكِرَ إلحاقاً للدَّفاترِ السُّلطانيَّةِ بدَواوينِ القُضاةِ المذكورةِ لاتِّحادِ العِلَّةِ فيهما، والله سبحانه أعلم. لكنْ قدَّمنا[(٨)] في الوَقْفِ عن "الخيريَّة": ((أنّه لا يَثبُتُ الوَقْفُ بمجرَّدِ وُجُودِهِ في الدَّفترِ السُّلطانيِّ)).

---

(١) المسمى "التحقيق الباهر شرح الأشباه والنظائر" لهبة الله التاجيّ (ت١٢٢٤هـ)، وتقدمت ترجمته ١/١٨٩.

(٢) لم نقف عليها.

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات ـ جواز الشهادة على خطِّ السِّمسار ١/٣٢٥.

(٤) "البزازية": كتاب الإقرار ـ الفصل الأول فيما يكون إقراراً ٥/٤٤٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) لم نعثر عليها في مظانها من مطبوعة "المبسوط" التي بين أيدينا.

(٦) "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ـ باب ما يبطل دعوى المُدَّعي قبل القضاء أو بعده ٢/٤٤٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) المسماة "بهجة الفتاوى"، وتقدمت ترجمتها ١٣/٥٩٤.

(٨) المقولة [٢١٦٥٨] قوله: ((وقوَّاهُ في "الفتح" بقولهم إلخ)).

ودفترِ بَيّاعٍ وصَرّافٍ وسِمْسارٍ[(١)]))، ....

مطلبٌ في دفترِ البَيّاعِ والصَّرّافِ والسِّمْسارِ

[٢٦٥٥١] (قولُهُ: ودفترِ بَيّاعٍ وصَرّافٍ وسِمْسارٍ) عطفٌ على ((كتابِ الأمانِ))، فإنَّ هذا منصوصٌ عليه لا مُلحَقٌ به، فقد قال في "الفتح"[(٢)] مِن الشَّهادات: ((إنَّ خطَّ السِّمْسارِ والصَّرّافِ حُجَّةٌ للعُرفِ الجاري به)) اهـ. قال "البيريُّ"[(٣)]: ((هذا الذي في غالبِ الكتبِ حتّى "المجتبى"، فقال في الإقرار: وأمّا خَطُّ البَيّاعِ والصَّرّافِ والسِّمْسارِ فهو حُجَّةٌ وإنْ لم يكن مُصدَّراً مُعَنْوَناً يُعرَفُ ظاهراً بينَ النّاس، وكذلك[(٤)] ما يَكتُبُ النّاسُ فيما بينَهم يجبُ أنْ يكونَ حُجَّةً للعُرفِ اهـ. وفي "خزانةِ الأكملِ": صَرّافٌ كتَبَ على نفسِهِ بمالٍ معلومٍ وخَطُّهُ معلومٌ بينَ التُّجّارِ وأهلِ البلدِ، ثمَّ مات، فجاءَ غَرِيمٌ يَطلُبُ المالَ مِن الورثةِ وعرَضَ خطَّ الميتِ بحيث عرَفَ النّاسُ خَطَّهُ يُحكَمُ بذلك في تَرِكتِهِ إنْ ثبَتَ أنّه خَطُّهُ، وقد جرَت العادةُ بينَ النّاس بمثلِهِ حُجَّةً اهـ. قال العلاّمةُ "العَيْنيُّ"[(٥)]: والبناءُ على العادةِ الظّاهرةِ واجبٌ، فعلى هذا إذا قال البَيّاعُ: وَجَدتُ في يادكاري[(٦)] بخَطِّي، أو كَتَبتُ في يادكاري[(٦)] بيدي أنَّ لفلانٍ عليَّ ألفَ درهمٍ كان هذا إقراراً مُلزِماً إيّاهُ. أقولُ: ويُزادُ أنَّ العملَ في الحقيقةِ إنّما هو لِمُوجَبِ العُرْفِ لا بمجرَّدِ الخَطِّ، والله أعلم. وبهذا عُرِفَ أنَّ قولَهم فيما إذا ادَّعَى رجلٌ مالاً وأخرَجَ بالمالِ خَطّاً، وادَّعَى أنّه خَطُّ المُدَّعَى عليه، فأنكَرَ كونَ الخَطِّ خَطَّهُ، فاستُكتِبَ فكتَبَ، وكان بين الخَطَّينِ مُشابَهةٌ ظاهرةٌ تدلُّ على أنّهما خَطُّ كاتبٍ واحدٍ اختلَفَ فيه المشايخُ، والصَّحيحُ أنّه لا يُقضَى بذلك، فإنّه لو قال: هذا خَطِّي وليس عليَّ هذا [٣/ق٢٢٦/أ]

---

(١) في هامش "د": ((وهو المسمى بالجرّاد في زماننا)).

(٢) "الفتح": كتاب الشهادات ـ فصل يتعلّق بكيفية الأداء ومُسوِّغِهِ ٦/٤٦٤.

(٣) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق١١٥/أ ـ ب.

(٤) في "م": ((وكذا)).

(٥) لم نعثر على المسألة في "البناية" ولا في "رمز الحقائق".

(٦) في "الأصل" و"آ": ((باركار))، وقال ابن عابدين رحمه الله في "منحة الخالق على البحر الرائق" ٧/٦٩: ((يادكار: بالياء المثناة من تحت والراء المهملة آخرها راء، مركّبٌ معناه المذكّر، وهو هنا الدفتر))، وقد ذكرت هكذا بالياء في هامش مخطوطة "البحر" ٣/ق٣٠٤/أ.

....

المالُ كان القولُ قولَهُ، يُستثنَى مِنه ما إذا كان الكاتبُ سِمْساراً أو صَرّافاً أو نحوَ ذلك مِمَّن يُؤخَذُ بخَطِّهِ، كذا في "قاضي خان"[1])) اهـ كلامُ "البيريِّ".

قلتُ: ويُستثنَى مِنه أيضاً ما قدَّمناهُ[2] أوَّلَ الباب مِن كتابةِ القاضي إلى الأميرِ الذي وَلّاهُ، وكذا ما سيذكرُهُ "الشّارح"[3] في الشَّهاداتِ[4] عن "شرح الوهبانيَّة" و"الملتقط"، وهو: ((ما إذا كان على وجهِ الرِّسالةِ مُصدَّراً مُعَنْوَناً)) اهـ. وهو أنْ يَكتُبَ في صَدْرِهِ: مِن فلانٍ إلى فلانٍ على ما جَرَتْ به العادةُ، فهذا كالنُّطْقِ، فلَزِمَ حُجَّةً كما في "الملتقى"[5] و"الزَّيلعيِّ"[6] مِن مسائلَ شتّى آخرَ الكتاب، ومثلُهُ في "الهداية"[7] و"الخانيَّة"[8]، وهذا إذا اعترَفَ أنَّ الخَطَّ خَطُّهُ فإنَّه يَلزَمُهُ ما فيه وإنْ أنكَرَ أنْ يكونَ في ذِمَّتِهِ ذلك المالُ، بخلافِ ما إذا لم يكن مُصدَّراً مُعَنْوَناً كما هو صريحُ "الخانيَّة"[8]، وهذا ذَكَرُوه في الأخرسِ، وذكَرَ في "الكفاية"[9] آخرَ الكتابِ عن "الشّافي"[10]: ((أنَّ الصَّحيحَ مثلُ الأخرسِ، فإذا كان مُستبِيناً مرسوماً وثبَتَ ذلك بإقرارِهِ أو ببيِّنةٍ فهو كالخِطابِ)) اهـ. ومُقتضى كلامِهم اختصاصُ ذلك بكونِهِ على وجهِ الرِّسالةِ إلى الغائبِ، وهو أيضاً مُفادُ كلامِ "الفتح"[11] في الشَّهاداتِ، فراجِعْهُ.

---

(١) "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ـ باب ما يبطل دعوى المُدَّعي قبل القضاء أو بعده ٤٤٢/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [٢٦٥٢٧] قوله: ((إلى القاضي)).

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٨٤٨] قوله: ((لا يُصدَّقُ)).

(٤) ((في الشهادات)) ليست في "ب" و"م".

(٥) "ملتقى الأبحر": مسائل شتى ٣٣٦/٢ بتصرف.

(٦) "تبيين الحقائق": مسائل شتى ٢١٨/٦.

(٧) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ١٠٦/٣ بتصرف.

(٨) "الخانية": كتاب الشهادات ـ فصلٌ مِنْ كتاب القاضي إلى القاضي ٤٨٨/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "الكفاية": مسائل شتى ٤٤٨/٩ (ذيل "فتح القدير").

(١٠) "الشافي"، لشمس الأئمة الكردريّ، وتقدمت ترجمته ٢٠٦/١٢.

(١١) "الفتح": كتاب الشهادات ـ فصل يتعلَّقُ بكيفية الأداء ومُسوِّغِه ٤٦٤/٦.

....

لكنْ في شهاداتِ "البحر"[١] عن "البزّازيّةِ"[٢] ما يدلُّ على أنَّه لا فَـرْقَ في المُعَنْـوَنِ بـين كونِـهِ لغائبٍ أو لحاضرٍ، ومثلُهُ ما في "فتاوى قارئ الهدايـة"[٣]: ((إذا كَتَـبَ علـى وَجْـهِ الصُّكُـوكِ يَلزَمُهُ المالُ، وهو أنْ يَكتُبَ: يقولُ فلانٌ الفلانيُّ: إنَّ في ذِمَّتي لفلانٍ الفلانيِّ كذا وكذا، فهو إقرارٌ يَلزَمُ، وإنْ لم يَكتُبْ على هذا الرَّسمِ فالقولُ قولُهُ مع يمينِهِ)) اهـ.

[مطلبٌ: دفاترُ التُّجّارِ في الحِساباتِ اليومَ دليلٌ مُعتبَرٌ فيما يَكتُبُونَهُ على أنفسِهم، بخلافِ ما يَكتُبُونَهُ لأنفسِهم]

قلتُ: والعادةُ اليومَ في تصديرِها بالعُنوانِ أنَّه يقالُ فيها: سببُ تحريرِهِ هو أنَّه تَرَتَّبَ في ذِمَّـةِ فلانٍ الفلانيِّ إلخ، وكذا الوُصُولُ الذي يقال فيه: وَصَلَ إلينا مِن يدِ فلانٍ الفلانيِّ كذا، ومثلُهُ مـا يكتبُهُ الرَّجلُ في دفترِهِ مثلَ قولِهِ: عُلِمَ بيانُ الذي في ذِمَّتِنا لفلانٍ الفلانيِّ، فهذا كلُّهُ مُصدَّرٌ مُعَنْـوَنٌ جَرَت العادةُ بتَصْديرِهِ بذلك، وهو مُفادُ كلامِ "قارئ الهداية" المذكورِ، فمُقتضاهُ أنَّ هذا كلَّهُ إذا اعتَرَفَ بأنَّه خَطُّهُ يَلزَمُهُ، وإنْ لم يكن مُصدَّراً مُعَنْوَناً لا يَلزَمُهُ إذا أنكَـرَ المـالَ وإن اعـتَرَفَ بكونِـهِ كَتَبَهُ بخَطِّهِ، إلاّ إذا كـان بَيّاعـاً أو صَرّافـاً أو سِمْسـاراً؛ لِمـا في "الخانيَّـة"[٤]: ((وصَـكُّ الصَّـرّافِ والسِّمْسارِ حُجَّةٌ عُرفاً)) اهـ، فشَمِلَ ما إذا لم يكن مُصدَّراً مُعَنْوَنـاً، وهـو صريـحُ مـا مَـرَّ[٥] عـن "المجتبى"، وما إذا لم يَعترِفْ بأنَّه خَطُّهُ كما هو صريحُ ما مَرَّ[٥] عن "الخزانة". ٣٥٣/٤

ثُمَّ إنَّ قولَ "المجتبى": ((وكذا ما يَكتُبُ النّاسُ فيما بينَهم إلخ)) يُفيدُ عدمَ الاقتصارِ على الصَّرّافِ والسِّمْسارِ والبَيّاعِ، بل مثلُهُ كلُّ ما جَرَت العادةُ به، فيَدخُلُ فيه ما يَكتُبُهُ الأمراءُ

---

(١) "البحر": كتاب الشهادات ٦٩/٧.

(٢) "البزازية": كتاب الإقرار ـ الفصل الأول فيما يكون إقراراً ـ نوع في ألفاظ تذكر ابتداءً والإشارة والكتابة وصـكُّ الإقـرار ٤٤٩/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "فتاوى قارئ الهداية": مسألةٌ: إذا كتب شخصٌ ورقةً بخطّه صـ١٠٣ـ بتصرف.

(٤) "الخانية": كتاب الدَّعوى والبيِّنات ـ باب ما يبطل دعوى المُدَّعي قبل القضاء أو بعـده ٤٤٢/٢ بتصـرف (هـامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في هذه المقولة.

....

والأكابرُ ونحوُهم مِمَّن يتعذَّرُ الإشهادُ عليهم، فإذا كتَبَ وُصُولاً أو صَكّاً بدَيْنٍ عليه وختَمَهُ بخاتَمِهِ المعروفِ فإنَّه في العادةِ يكونُ حُجَّةً عليه بحيث لا يُمكِنُهُ إنكارُهُ، ولو أنكَرَهُ يُعَدُّ بينَ النّاسِ مُكابِراً، فإذا اعترَفَ بكونِهِ خَطَّهُ وخَتْمَهُ وكان مُصَدَّراً مُعَنْوَناً فينبغي القولُ بأنَّه يَلزَمُهُ، وإنْ لم يَعترِفْ به أو وُجِدَ بعدَ موتِهِ فمُقتضى ما في "المجتبى" أنَّه يَلزَمُهُ أيضاً عَمَلاً بالعُرفِ كدفترِ الصَّرّافِ ونحوِهِ، ومثلُهُ ما إذا وُجِدَ في صندوقِهِ مثلاً صُرَّةُ دراهمَ مكتوبٌ عليها: هذه أمانةُ فلانٍ الفلانيِّ، فإنَّ العادةَ تَشهَدُ بأنَّه لا يَكتُبُ بخَطِّهِ ذلك على دراهمِهِ.

ثمَّ اعلمْ أنَّ هذا كلَّهُ فيما يَكتُبُهُ على نفسِهِ كما قَيَّدَهُ بعضُ المتأخِّرين، وهو ظاهرٌ، بخلافِ ما يَكتُبُهُ لنفسِهِ، فإنَّه لو ادَّعاهُ بلسانِهِ صريحاً لا يُؤخَذُ خَصمُهُ به، فكيف إذا كتَبَهُ؟ ولذا قَيَّدَهُ في "الخزانة" بقولِهِ: ((كتَبَ على نفسِهِ)) كما مَرَّ[1]، وذكَرَ في "شرح الوهبانيَّة"[2]: ((أئمَّةُ بلخٍ قالوا: ياركارُ[3] البَيّاعِ حُجَّةٌ لازمةٌ عليه، فإنْ قال البَيّاعُ: [٣/ق٢٣٢/ب] وَجَدتُ بخَطِّي أنَّ عليَّ لفلانٍ كذا لَزِمَ، قال "السَّرخسيُّ"[4]: وكذا خَطُّ السِّمْسارِ والصَّرّافِ)) اهـ. فقولُهُ: ((أنَّ عليَّ لفلانٍ إلخ)) صريحٌ في ذلك، وأمّا قولُ "ابنِ وهبانَ" في تعليلِ المسألةِ: ((لأنَّه لا يَكتُبُ إلاّ ما لَهُ وعليه)) فمُرادُهُ أنَّ البَيّاعَ ونحوَهُ لا يَكتُبُ في دفترِهِ شيئاً على سبيلِ التَّجربةِ للخَطِّ أو اللَّهوِ واللَّعبِ، بل لا يَكتُبُ إلاّ ما لَهُ أو عليه، ولا يَلزَمُ مِن هذا أنْ يُعمَلَ بكتابتِهِ في الذي لَهُ كما لا يخفى، خلافاً لِمَن فَهِمَ مِنه ذلك، ويجبُ تقييدُهُ أيضاً بما إذا كان دفترُهُ محفوظاً عنده، فلو كانَتْ كتابتُهُ فيما عليه في دفترِ خَصمِهِ فالظّاهرُ أنَّه لا يُعمَلُ به خلافاً لِما بَحَثَهُ "ط"[5]؛

(قولُهُ: فالظّاهرُ أنَّه لا يُعمَلُ به خلافاً لِما بَحَثَهُ "ط") ما سبَقَ له دالٌّ على ما قالَهُ "ط".

---

(١) في هذه المقولة.

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات ـ جواز الشهادة على خطِّ السِّمسار ١/٣٢٦.

(٣) في "الأصل" و"آ": ((باركار))، وانظر تعليقنا المتقدم صـ٥٦٢ـ.

(٤) لم نعثر عليها في مظانِّها من مطبوعة "المبسوط" التي بين أيدينا.

(٥) "ط": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١١.

وجَوَّزَهُ "محمَّدٌ" لراوٍ وقاضٍ وشاهدٍ إنْ تَيَقَّنَ به، قيل: وبه يُفتَى. ....

لأنَّ الخَطَّ مما يُزَوَّرُ، وكذا لو كان له كاتبٌ والدَّفترُ عندَ الكاتبِ؛ لاحتمالِ كونِ الكاتبِ كَتَبَ ذلك عليه بلا عِلْمِهِ، فلا يكونُ حُجَّةً عليه إذا أنكَرَهُ أو ظهَرَ[1] ذلك بعدَ موتِهِ وأنكَرَتْهُ الورثةُ، خلافاً لِمَن حكَمَ في عصرِنا بذلك لذِمِّيٍّ ادَّعَى على ورثةِ تاجرٍ له كاتبٌ ذِمِّيٌّ ودفترُ التّاجرِ عندَ كاتبِهِ الذِّمِّيِّ، فقد كنتُ أَفتيتُ بأنَّه حكمٌ باطلٌ، وكونُ المُدَّعي والكاتبِ ذِمِّيَّينِ يُقوِّي شُبْهةَ التَّزْويرِ وأنَّ الكتابةَ حَصَلَتْ بعدَ موتِ التّاجرِ، وتمامُ الكلامِ في كتابِنا "تنقيح الحامديَّة"[2].

[٢٦٥٥٢] (قولُهُ: إنْ تَيَقَّنَ به) أي: بأنَّه خَطُّ مَن يَروِي عنه في الأوَّلِ، وبأنَّه خَطُّ نفسِهِ في الأخيرين. اهـ "ح"[3].

[٢٦٥٥٣] (قولُهُ: قيل: وبه يُفتَى) قال في "خزانة الأكمل": ((أجازَ "أبو يوسف" و"محمَّدٌ" العملَ بالخَطِّ في الشّاهدِ والقاضي والرّاوي إذا رأى خَطَّهُ ولم يَتذكَّرِ الحادثةَ))، قال في "العيون"[4]: ((والفَتْوى على قولِهما إذا تَيَقَّنَ أنَّه خَطُّهُ سواءٌ كان في القضاءِ أو الرِّوايةِ أو الشَّهادةِ على الصَّكِّ وإنْ لم يكنِ الصَّكُّ في يدِ الشّاهدِ؛ لأنَّ الغَلَطَ نادرٌ، وأثرُ التَّغييرِ يُمكِنُ الاطِّلاعُ عليه، وقَلَّما يَشتبِهُ الخَطُّ مِن كلِّ وجهٍ، فإذا تَيَقَّنَ جازَ الاعتمادُ عليه توسِعةً على النّاسِ)) اهـ "حَمَويّ"[5]. لكنْ سيذكرُ[6] "الشّارح" في الشَّهاداتِ قُبيلَ بابِ القَبُولِ ما نَصُّهُ:

(قولُهُ: أي: بأنَّه خَطُّ مَن يَروِي عنه في الأوَّلِ إلخ) أو أنَّه خَطُّهُ؛ إذ لا فَرْقَ، وسيأتي عن "الخزانة".

---

(١) في "آ": ((أظهر)).

(٢) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٢١.

(٣) "ح": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٣١٠/ب.

(٤) لم نعثر عليها في مطبوعة "عيون المسائل" للسمرقندي التي بين أيدينا.

(٥) "غمز عيون البصائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ٢/٣٠٦.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٨٦٩] قوله: ((عن "المبتغى")).

(ولا بدَّ مِن مسافةِ ثلاثةِ أيّامٍ بينَ القاضيَينِ كالشَّهادةِ على الشَّهادةِ) على الظّاهرِ، وجَوَّزَهما "الثّاني" إنْ بحيث لا يَعُودُ في يومِهِ، وعليه الفَتْوى، "شُرُنبلاليَّة"(١) و"سراجيَّة"(٢). ....

((وجَوَّزاهُ لو في حَوْزِهِ، وبه نأخذُ، "بحر"(٣) عن "المبتغى")) اهـ. وهذا ما اختارَهُ المحقِّقُ "ابنُ الهمام"(٤) هناك، وسيأتي(٥) تمامُهُ إنْ شاء الله تعالى.

[٢٦٥٥٤] (قولُهُ: ولا بدَّ مِن مسافةِ إلخ) فلو أقلَّ لا يُقبَلُ، وفي "نوادرِ هشامٍ"(٦): ((إذا كان في مصرٍ واحدٍ قاضيان جازَ كتابةُ أحدِهما إلى الآخرِ في الأحكام))، "جوهرة"(٧) عن "الينابيع"، وكذا كتابةُ القاضي إلى الأميرِ الذي وَلاّهُ وهو معه في المصرِ كما مَرَّ أوَّلَ الباب(٨).

[٢٦٥٥٥] (قولُهُ: على الظّاهرِ إلخ) قال في "المنح"(٩): ((هذا هو ظاهرُ الرِّوايةِ، وجَوَّزَها "محمَّدٌ" وإنْ كانا في مصرٍ واحدٍ، وعن "أبي يوسف": إنْ كان في مكانٍ لو غَدَا لأداءِ الشَّهادةِ لا يَستطيعُ أنْ يَبيتَ في أهلِهِ صَحَّ الإشهادُ والكتابةُ، وفي "السِّراجيَّة": وعليه الفتوى)) اهـ.

(قولُهُ: قال في "المنح": هذا هو ظاهرُ الرِّوايةِ إلخ) ما نقَلَهُ عن "المنح" يُفيدُ أنَّ الجوازَ روايةٌ عن "أبي يوسف" لا مذهبُهُ، ومثلُهُ في "البحر"، وظاهرُ ما في "الشّارح" يُفيدُ أنَّه مذهبُهُ.

---

(١) "الشرنبلالية": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي ٤١٢/٢ (هامش "الدرر والغرر")، نقلاً عن "البرهان".

(٢) "السراجية": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٢٦٤/٤ بتصرف (هامش "فتاوى قاضي خان").

(٣) "البحر": كتاب الشهادات ٧٢/٧ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب الشهادات ـ فصل يتعلق بكيفية الأداء ومسوغه ٤٦٥/٦.

(٥) المقولة [٢٦٨٦٩] قوله: ((عن "المبتغى")).

(٦) نوادر هشام الرازي (ت٢٢١هـ)، وتقدمت ترجمته ٤٩٣/١.

(٧) "الجوهرة النيرة": كتاب آداب القاضي ٣٤٥/٢.

(٨) المقولة [٢٦٥٢٧] قوله: ((إلى القاضي)).

(٩) "المنح": كتاب القضاء ـ باب في بيان أحكام القاضي إلى القاضي وغيره ٢/ق٦١/ب.

(ويَبطُلُ) الكتابُ (بموتِ الكاتِبِ وعَزْلِهِ قبلَ وُصُولِ الكتابِ إلى الثّاني أو بعدَ وُصُولِهِ قبلَ القراءةِ)، وأجازَهُ "الثّاني"، (وأمّا بعدَهما فلا) يَبطُلُ (و) يَبطُلُ. (بجُنُونِ الكاتِبِ، و رِدَّتِهِ، و حَدِّهِ لقَذْفٍ،..............................

[٢٦٥٥٦] (قولُهُ: ويَبطُلُ الكتابُ إلخ) هذا شرطٌ آخرُ لقَبُولِ الكتابِ والعملِ به، وهو أنْ يكونَ القاضي الكاتبَ على قضائِهِ، "نهر"[١]، أي: لأنَّه بمنزلةِ الشّهادةِ، فبموتِ الأصلِ قبلَ أداءِ الفروعِ الشَّهادةَ تَبطُل شهادةُ الفروعِ، فكذا هذا، "ط"[٢] عن "العينيّ"[٣].

[٢٦٥٥٧] (قولُهُ: قبلَ وُصُولِ الكتابِ إلخ) لو اقتَصَرَ على قولِهِ: ((قبلَ القراءةِ[٤])) لأغناهُ، ولذا قال في "الفتح"[٥]: ((العبارةُ الجيِّدةُ أنْ يُقالَ: لو مات قبلَ قراءةِ الكتابِ لا قبلَ وُصُولِهِ؛ لأنَّ وُصُولَهُ قبلَ ثُبُوتِهِ عندَ المكتوبِ إليه وقراءتِهِ لا يُوجِبُ شيئاً)) اهـ.

[٢٦٥٥٨] (قولُهُ: فلا يَبطُلُ) أي: في ظاهرِ الرِّوايةِ، "بحر"[٦].

[٢٦٥٥٩] (قولُهُ: ويَبطُلُ بجُنُونِ الكاتِبِ إلخ) في "الخانيَّة"[٧]: ((وإنْ عُزِلَ القاضي الكاتبُ أو ماتَ بعدَما وصَلَ الكتابُ إلى الآخَرِ فإنّه يَعمَلُ به؛ لأنَّ الموتَ والعَزْلَ ليس بِجرحٍ[٨]،

(قولُهُ: لأنّه بمنزلةِ الشَّهادةِ إلخ) هذا التَّعليلُ مبنيٌّ على ما يأتي عن "الخانيَّة": ((مِن أنَّ شهادةَ الفروعِ تَبطُلُ بموتِ الأصلِ، لا على ما في المتون مِن عدمِ البُطْلانِ، بل الموتُ مِن الأعذارِ لتَحمُّلِ الشَّهادةِ وقَبُولها)).

(قولُهُ: لأنَّ الموتَ والعَزْلَ ليس بِمُخرِجٍ) عبارةُ "الخانيَّة": ((ليس بجَرْحٍ)).

---

(١) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/ب.

(٢) "ط": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١٢.

(٣) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٨٩.

(٤) في "آ": ((قراءة الكتاب)).

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٨٩.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٤.

(٧) "الخانية": كتاب الشهادات ـ فصل من كتاب القاضي إلى القاضي ٢/٤٨٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) الذي في النسخ جميعها: ((ليس بمُخرِجٍ)) وما أثبتناه من نسختي "الخانية" اللتين بين أيدينا، وأشار إلى ذلك الرافعي رحمه الله.

وعَمائِهِ، وفِسْقِهِ بعدَ عدالتِهِ)؛ لخُرُوجِهِ عن الأهليَّةِ، وأجازَهُ "الثّاني"،..............

بخلافِ ما إذا فَسَقَ الكاتبُ أو عَمِيَ أو صارَ بحالٍ لا يجوزُ حكمُهُ وشهادتُهُ فإنَّ الآخَرَ لا يَقبَلُ كتابَهُ؛ لأنَّ كتابَ القاضي بمنزلةِ الشَّهادةِ، فما يَمنَعُ القضاءَ بشهادتِهِ يَمنَعُ القضاءَ بكتابِهِ)) اهـ. وظاهرُهُ أنَّه يَبطُلُ بذلك ولو بعدَ وُصُولِهِ، مع أنَّ "الزَّيلعيَّ"[1] صرَّحَ: ((بأنَّ ذلك كعَزْلِهِ))، ثمَّ رأيتُ في "البحر"[2] ذكَرَ: [٣/ق٢٣٣/أ] ((أنَّ بينَ كلاميهما مُخالَفةً))، ولم يُجبْ عنها، تأمَّل. ورأيتُ في "البزّازيَّة"[3] مثلَ ما في "الخانيَّة"، وفي "الدُّرر"[4] مثلَ ما هنا، فالظّاهرُ أنَّ في المسألةِ قولين. ٣٥٤/٤

[٢٦٥٦٠] (قولُهُ: وعَمائِهِ) الأنسبُ: وعَماهُ بدون همزٍ؛ لأنَّ العَمَى مقصورٌ.

[٢٦٥٦١] (قولُهُ: وفِسْقِهِ) عبَّرَ عنه في "النَّهر"[5] بـ((قيل))، وقال: ((إنَّه بناءٌ على عَزْلِهِ بالفِسْقِ))، ومثلُهُ في "الفتح"[6].

(قولُهُ: فما يَمنَعُ القضاءَ بشهادتِهِ يَمنَعُ القضاءَ بكتابِهِ) تمامُ ما فيها ـ أي: "الخانيَّةِ" ـ: ((وعندَ "أبي حنيفة" و"محمَّدٍ": إذا عَمِيَ الشّاهدُ بعدَ أداءِ الشَّهادةِ قبلَ الحُكمِ تبطُلُ شهادتُهُ فيَبطُلُ كتابُهُ، وعند "أبي يوسف": العَمَى كالموتِ لا يُبطِلُ الشَّهادةَ)).

(قولُهُ: فالظّاهرُ أنَّ في المسألةِ قولين) لكنْ يُحتاجُ للفَرْقِ بينَ الموتِ والعَزْلِ وبينَ غيرهما على ما في "الخانيَّة"، لا على ما في "الزَّيلعيِّ"، وقد علمتَ مِن تصحيحِ عبارةِ "الخانيَّة" أنَّ الفَرْقَ هو أنَّ الموتَ والعَزْلَ ليسا بجَرْحٍ بخلافِ الفِسْقِ والعَمَى، فإنَّهما مُبطِلان للشَّهادةِ، فيُبطِلان كتابَ القاضي.

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٦/٤.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/٧.

(٣) "البزازية": كتاب أدب القضاء ـ الفصل السادس في كتابه إلى القاضي ١٨٥/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي ٤١٤/٢.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/ب.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٩/٦.

(و) كذا (بموتِ المكتوبِ إليه)، وخُرُوجِهِ عن الأهليَّة، (إلاّ إذا عَمَّمَ بعدَ تخصيصِ) اسمِ المكتوبِ إليه، (بخلافِ ما لو عَمَّمَ ابتداءً)، وجَوَّزَهُ "الثّاني"، وعليه العملُ، "خلاصة"(١). (لا) يَبطُلُ (بموتِ الخَصْمِ) أيّاً كان؛ لقيامِ وارثِهِ أو وَصيِّهِ مَقامَهُ. ....

[٢٦٥٦٢] (قولُهُ: وكذا بموتِ المكتوبِ إليه) لأنَّ الكاتبَ لَمّا خَصَّهُ فقد اعتمَدَ عدالتَهُ وأمانتَهُ، والقضاةُ مُتفاوِتون في ذلك فصَحَّ التَّعيينُ، "نهر"(٢).

[٢٦٥٦٣] (قولُهُ: إلاّ إذا عَمَّمَ إلخ) بأنْ قال: إلى فلانِ قاضي بلدِ كذا وإلى كلِّ مَن يَصِلُ إليه مِن قُضاةِ المسلمين؛ لأنَّ غيرَهُ صار تبعاً له، "فتح"(٣).

[٢٦٥٦٤] (قولُهُ: بخلافِ ما لو عَمَّمَ ابتداءً) بأنْ قال: إلى كلِّ مَن يَصِلُ إليه كتابي هذا مِن قُضاةِ المسلمين وحُكّامِهم.

[٢٦٥٦٥] (قولُهُ: وجَوَّزَهُ "الثّاني") وكذا "الشّافعيُّ"(٤) و"أحمد"(٥)، "فتح"(٦).

[٢٦٥٦٦] (قولُهُ: وعليه العملُ) قال "الزَّيلعيُّ"(٧): ((واستحسَنَهُ كثيرٌ مِن المشايخِ))، وفي "الفتح"(٨): ((وهو الأوجهُ(٩)؛ لأنَّ إعلامَ المكتوبِ إليه وإنْ كان شرطاً فبالعُمُومِ يُعلَمُ كما يُعلَمُ بالخصوص(١٠)، وليس العُمُومُ مِن قَبيلِ الإجمالِ والتَّجهيلِ، فصار قَصْدِيَّتُهُ وتَبَعِيَّتُهُ سواءً))، "نهر"(١١).

[٢٦٥٦٧] (قولُهُ: أيّاً كان) أي: مُدَّعِياً أو مُدَّعًى عليه.

---

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل السادس في كتاب القاضي إلى القاضي ق٢٠٣/أ بتصرف.

(٢) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/ب.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٩/٦ ـ ٣٩٠.

(٤) انظر "روضة الطالبين": كتاب القضاء ـ الباب الثالث في القضاء على الغائب ـ الطرف الثالث في كتاب القاضي إلى القاضي صـ١٩٤١ ـ ١٩٤٢ـ.

(٥) انظر "المغني" لابن قدامة: كتاب القضاء ـ فصل: قبول الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر ٦٠٨/١٣.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٩/٦.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٧/٤.

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٩٠/٦.

(٩) عبارة "الفتح": ((والوَجْهُ قولُ أبي يوسف؛ لأنّ إعلام المكتوب إلخ..)).

(١٠) عبارة "الفتح": ((فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص)).

(١١) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٤/أ.

قلت: وكذا لا يَبطُلُ بموتِ شاهدِ الأصلِ كما سيأتي متناً في بابِهِ[١]، خلافاً لِما وقَعَ في "الخانيَّة" هنا، فإنَّهُ[٢] مخالفٌ لِما ذكرَهُ بنفسِهِ ثَمَّةَ، فتنبَّهْ.

(و) اعلمْ أنَّ (الكِتابةَ بعِلْمِهِ كالقضاءِ بعِلْمِهِ) في الأصحِّ، "بحر"[٣]. فمَن جوَّزَهُ جوَّزَها،

[٢٦٥٦٨] (قولُهُ: في بابِهِ) أي: في بابِ الشَّهادةِ على الشَّهادةِ، "ح"[٤].

[٢٦٥٦٩] (قولُهُ: خلافاً لِما وقَعَ في "الخانيَّة" هنا) أي: في هذا البابِ حيث قال[٥]: ((لو ماتَ القاضي الكاتبُ أو عُزِلَ قبلَ وُصُولِ الكتابِ بطَلَ كتابُهُ كشاهدِ الأصلِ إذا ماتَ قبلَ أنْ يَشهَدَ الفرعُ على شهادةِ الأصلِ)) اهـ.

[٢٦٥٧٠] (قولُهُ: ثَمَّةَ) أي: هناك، أي: في بابِ الشَّهادةِ على الشَّهادةِ حيث قال[٦]: ((الشَّهادةُ على الشَّهادةِ لا تجوزُ إلاَّ أنْ يكونَ المشهودُ على شَهادتِهِ مريضاً في المصرِ، أو يكونَ مَيْتاً إلخ))، وهذا هو الموافقُ للمُتُون.

[٢٦٥٧١] (قولُهُ: فمَن جوَّزَهُ جوَّزَها) وشرطُ جَوازِهِ عندَ "الإمام": أنْ يَعلَمَ في حالِ قضائِهِ في المصرِ الذي هو قاضيهِ بحقٍّ غيرِ حَدٍّ خالصٍ للهِ تعالى مِن قَرْضٍ، أو بَيْعٍ، أو غَصْبٍ، أو تطليقٍ، أو قَتْلِ عَمْدٍ، أو حَدِّ قَذْفٍ، فلو عَلِمَ قبلَ القضاءِ في حُقُوقِ العبادِ ثُمَّ وُلِّيَ فرُفِعَتْ إليه تلكَ الحادثةُ، أو عَلِمَها في حالِ قضائِهِ في غيرِ مصرِهِ، ثُمَّ دخلَهُ فرُفِعَتْ لا يَقضِي عندَهُ، وقالا: يَقضِي، وكذا الخِلافُ لو عَلِمَ بها وهو قاضٍ في مصرِهِ ثُمَّ عُزِلَ ثُمَّ أُعِيدَ، وأمّا في حَدِّ الشُّرْبِ والزِّنا فلا يَنفُذُ قضاؤُهُ بعِلْمِهِ اتِّفاقاً، "فتح"[٧] مُلخَّصاً.

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧١٤٩] قوله: ((إلاَّ بشَرْطِ تَعَذُّرِ حُضُورِ الأصلِ)).

(٢) في "ط" و"ب": ((فهو)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٥.

(٤) "ح": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٣١٠/ب.

(٥) "الخانية": كتاب الشهادات ـ فصل في كتاب القاضي إلى القاضي ٢/٤٨٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "الخانية": كتاب الشهادات ـ فصل في الشهادة على الشهادة ٢/٤٨٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٤٠٥.

ومَن لا فلا، إلاّ أنَّ المعتمدَ عدمُ حُكْمِهِ بعِلْمِهِ في زمانِنا، "أشباه". وفيها[١]: ((الإمامُ يَقضِي بعِلْمِهِ في حَدِّ قَذْفٍ وقَوَدٍ وتَعْزِيرٍ)). ....

وبه عُلِمَ أنَّه في الحدودِ الخالصةِ لله تعالى لا يَنفُذُ كما صَرَّحَ به في "شرح أدب القضاء"[٢] مُعلِّلاً: ((بأنَّ كلَّ واحدٍ مِن المسلمين يُساوي القاضيَ فيه، وغيرُ القاضي إذا عَلِمَ لا يُمكِنُهُ إقامةُ الحَدِّ، فكذا هو))، ثمَّ قال[٢]: ((إلاّ في السَّكرانِ أو مَن به أَمارةُ السُّكْرِ ينبغي له أنْ يُعزِّرَهُ للتُّهَمَةِ، ولا يكونُ حَدّاً)) اهـ.

[٢٦٥٧٢] (قولُهُ: ومَن لا فلا) قال في "الفتح"[٣]: ((إلاّ أنَّ التَّفاوُتَ هنا هو أنَّ القاضيَ يَكتُبُ بالعِلْمِ الحاصلِ قبلَ القضاءِ بالإجماع)).

[٢٦٥٧٣] (قولُهُ: إلاّ أنَّ المعتمدَ) أي: عندَ المتأخِّرين لفسادِ قُضاةِ الزَّمانِ، وعبارةُ "الأشباه"[٤]: ((الفَتْوى اليومَ على عدمِ العَمَلِ بعِلْمِ القاضي في زمانِنا كما في "جامع الفصولين"[٥])).

مطلبٌ في قضاءِ القاضي بعِلْمِهِ

[٢٦٥٧٤] (قولُهُ: وفيها) أي: في "الأشباه" نقلاً عن "السِّراجيَّة"[٦]، لكنْ في "مُنية المفتي" الملخَّصةِ مِن "السِّراجيَّة"[٧] التَّعبيرُ بالقاضي لا بالإمام، حيث قال: ((القاضي يَقضِي بعِلْمِهِ بحَدِّ

(قولُهُ: لكنْ في "مُنية المفتي" الملخَّصةِ مِن "السِّراجيَّة" التَّعبيرُ بالقاضي إلخ) لكنَّ المذكور في "السِّراجيَّة" التَّعبيرُ بالإمامِ ـ كما نقَلَهُ عنها في "الأشباه" ـ لا التَّعبيرُ بالقاضي، وقد ذَكَرَ هذا في بابِ ما يجوزُ مِن القضاءِ وما لا يجوزُ.

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٧٤ـ.

(٢) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب التاسع والثلاثون في القاضي يقضي بعلمه ٣/١٠١.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٩٠.

(٤) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوى صـ٢٦٢ـ.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء ـ ما يتصل به من عزل قاضٍ أو وصيٍّ إلخ ١/١٩.

(٦) "الفتاوى السراجية": كتاب القضاء ـ باب ما يجوز من القضاء وما لا يجوز ٢/٢٦٢ (هامش "فتاوى قاضي خان")، وقد عبَّر فيها بـ:((الإمام)) كما ذكر الرافعي رحمه الله.

(٧) ذكر في "كشف الظنون" ٢/١٨٨٧ أن صاحب "منية المفتي" لخَّص فيها نوادر "الواقعات" و"الفتاوى الصغرى" للخاصِّي، وضمّ إليها من فتاوى سراج الدين الأُوشيِّ نوادرَ من "الواقعات" وميَّزها بعلامة حرف السين.

قلتُ: فهلِ الإمامُ قَيْدٌ كما قدَّمناهُ[١] في الحدود؟ لم أَرَهُ، لكنْ في "شرح الوهبانيَّة" لـ "الشُّرُنبلاليِّ": والمختارُ الآنَ عدمُ حُكمِهِ بعِلْمِهِ...........

القَذْفِ والقِصاصِ والتَّعزيرِ))، ثمَّ قال: ((قَضَى بعِلْمِهِ في الحدودِ الخالصةِ لله تعالى لا يجوزُ)) اهـ، أفادَهُ بعضُ المحشِّين[٢]. وهذا مُوافِقٌ لِما مَرَّ[٣] عن "الفتح" مِن الفَرْقِ بينَ الحدِّ الخالصِ لله تعالى وبينَ غيرِهِ، ففي الأوَّلِ لا يَقضِي اتِّفاقاً بخلافِ غيرِهِ، فيجوزُ القضاءُ فيه بعِلْمِهِ، وهذا على قولِ المتقدِّمين، وهو خلافُ المُفتَى به كما علمتَ.

(تنبيهٌ)

ذكَرَ في "النَّهر"[٤] في الكفالة بحثاً: ((أنَّه يجبُ أنْ يُحمَلَ الخلافُ بينَ المتقدِّمين والمتأخِّرين على ما كان مِن حُقُوقِ العبادِ، أمَّا حُقُوقُ [٣/ق٢٢٣/ب] اللهِ المحضةُ فيَقضِي فيها بعِلْمِهِ)) اتِّفاقاً، ثمَّ استدَلَّ[٤] لذلك: ((بأنَّ له التَّعزيرَ بعِلْمِهِ)).

قلتُ: ولا يخفى أنَّه خطأٌ صريحٌ مخالفٌ لصريحِ كلامهم كما عَلِمْتَ، وأمَّا التَّعزيرُ فليس بحَدٍّ كما أسمعناكَ[٥] مِن عبارةِ "شرح أدب القضاء"، وأيضاً فهو ليس بقضاء.

[٢٦٥٧٥] (قولُهُ: فهلِ الإمامُ قَيْدٌ) **أقولُ**: على فرضِ ثُبُوتِهِ في عبارةِ "السِّراجيَّةِ" ليس بقَيْدٍ؛ لِما علمتَ[٥] مِن عبارةِ "الفتح" المصرِّحةِ بجوازِ قضاءِ القاضي بعِلْمِهِ في قَتْلِ عَمْدٍ أو حَدِّ قَذْفٍ؛ لكونِهِ مِن حُقُوقِ العبادِ.

[٢٦٥٧٦] (قولُهُ: لكنْ إلخ) استدراكٌ على ما نقَلَهُ ثانياً عن "الأشباه": ((بأنَّه مبنيٌّ على خلافِ

(قولُهُ: استدراكٌ على ما نقَلَهُ ثانياً عن "الأشباه" إلخ) لا يَتِمُّ كونُهُ استدراكاً على ما في "الأشباه" إلاّ إذا كان ما ذكَرَهُ "الشُّرُنبلاليُّ" في الإمامِ مع أنَّه إنَّما ذكَرَهُ في القاضي.

---

(١) لم نره صريحاً في كتاب الحدود.

(٢) قدمنا ١٤/٥١١ أنَّ المراد به جمال الدين محمد بن محمد الأنصاري في "حاشيته" على "الدر المختار".

(٣) المقولة [٢٦٥٧١] قوله: ((فمَن جَوَّزَهُ جَوَّزَها)).

(٤) "النهر": ق٤١٦/أ.

(٥) المقولة [٢٦٥٧١] قوله: ((فمَن جَوَّزَهُ جَوَّزَها)).

مُطلقاً، كما لا يَقضِي بعِلْمِهِ في الحدودِ الخالصةِ لله تعالى كـ زِنًا وخمرٍ مُطلقاً، غيرَ أنَّه يُعزِّرُ مَن به أَثَرُ السُّكْرِ؛ للتُّهَمَةِ، وعن "الإمام": أنَّ عِلْمَ القاضي في طلاقٍ وعِتاقٍ وغَصْبٍ يُثبِتُ الحَيْلولةَ على وجهِ الحِسْبةِ لا القضاءِ. (ولا يُقبَلُ) كتابُ القاضي (مِن مُحكَّمٍ،

المختار))، أو على قولِهِ: ((فهل الإمامُ قَيْدٌ))، فإنَّ قولَ "الشُّرُنبلاليِّ"[1]: ((لا يَقضِي بعِلْمِهِ في الحدودِ الخالصةِ لله تعالى)) ـ يعني: اتِّفاقاً ـ يُفهَمُ منه أنَّه يَقضِي بعِلْمِهِ في غيرِها كحَدِّ قَذْفٍ وقَوَدٍ وتعزيرٍ على قولِ المتقدِّمين، وهو خلافُ المختارِ، فيكونُ ذِكْرُ الإمامِ غيرَ قَيْدٍ، فافهم.

[٢٦٥٧٧] (قولُهُ: مُطلقاً) أي: سواءٌ كان عِلْمُهُ بعدَ توليتِهِ أو قبلَها، "ح"[2]. أو سواءٌ كان حَدّاً غيرَ خالصٍ لله تعالى أو قَوَداً أو غيرَهما مِن حُقُوقِ العباد.

[٢٦٥٧٨] (قولُهُ: وخمرٍ مُطلقاً) أي: سواءٌ سَكِرَ مِنه أوْ لا.

[٢٦٥٧٩] (قولُهُ: للتُّهَمَةِ) أي: إذا عَلِمَ القاضي بأنَّه سكرانُ له تَعْزيرُهُ؛ لأنَّ القاضيَ له تَعْزيرُ المتَّهَمِ وإنْ لم يَثْبُتْ عليه كما مَرَّ[3] تحريرُهُ في الكفالة.

[٢٦٥٨٠] (قولُهُ: يُثبِتُ الحَيْلولةَ) أي: بأنْ يأمُرَ بأنْ يُحالَ بينَ المُطلِّقِ وزوجتِهِ، والمُعتِقِ وأَمَتِهِ أو عبدِهِ، والغاصِبِ وما غصَبَهُ، بأنْ يَجعَلَهُ تحتَ يدِ أمينٍ إلى أنْ يَثبُتَ ما عَلِمَهُ القاضي بوجهٍ شرعيٍّ.

٤/٣٥٥ [٢٦٥٨١] (قولُهُ: على وجهِ الحِسْبةِ) أي: الاحتسابِ وطلبِ الثَّوابِ؛ لئلاّ يطَأَها الزَّوجُ أو السَّيِّدُ أو الغاصبُ.

[٢٦٥٨٢] (قولُهُ: لا القضاءِ) أي: لا على طريقِ الحُكمِ بالطَّلاقِ أو العِتاقِ أو الغَصْبِ.

[٢٦٥٨٣] (قولُهُ: ولا يُقبَلُ كتابُ القاضي) الأَولى حذفُ ((القاضي))؛ لأنَّ المُحكَّمَ ليس قاضياً، إلاّ أنْ يُرادَ به ما يَشمَلُ المُوَلَّى مِن السُّلطانِ وغيرِهِ.

---

(١) في "آ": (("الشرنبلالية"))، وهو خطأ؛ إذ النقل عن "شرح الوهبانية" للشرنبلالي.

(٢) "ح": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٣١٠/ب.

(٣) المقولة [٢٥٤٦٦] قوله: ((وكذا تعزيرُ المتَّهَمِ)).

بل مِن قاضٍ مُوَلًّى مِن قِبَلِ الإمامِ يَملِكُ) إقامةَ (الجمعةِ)، وقيـل: يُقبَلُ مِـن قـاضي رُسْتاقٍ إلى قاضي مِصرٍ أو رُسْتاقٍ، ....

[٢٦٥٨٤] (قولُهُ: بل مِن قاضٍ مُوَلًّى إلخ) أفادَ أنَّ هذا شرطٌ في الكـاتِبِ فقـط، قـال في "المنح"(١): ((فلا تُقبَلُ مِن قاضي رُسْتاقٍ إلى قاضي مِصْـرٍ، وإنما تُقبَلُ مِـن قـاضي مِصْرٍ إلى قاضي مِصْرٍ آخرَ أو إلى قاضي رُسْتاقٍ)).

[٢٦٥٨٥] (قولُهُ: يَملِكُ إقامةَ الجمعةِ) الظّاهرُ: أنَّ هذا غيرُ قَيْدٍ ولا سيَّما في زمانِنا؛ لأنَّ السُّلطانَ لا يَأذَنُ للقاضي بها، والظّاهرُ أنَّ مُرادَهُ الإشارةُ إلى أنَّ المرادَ قاضي المِصْرِ التي تُقـامُ فيها الجمعةُ، تأمَّل. وفي "المنح"(٢) عن "السِّراجيَّة": ((وإنما تُقبَلُ كُتُـبُ قُضـاةِ الأمصـارِ التـي تُقامُ فيها الحدودُ ويُنفَّذُ فيها حُكمُ الحُكّامِ(٣)، إلاّ فيما لا خَطَرَ له شرعاً؛ لأنَّ الولايةَ لا تَثبُتُ إلاّ في محلٍّ قابلٍ للولايةِ لِمَن هو أهلٌ له)).

[٢٦٥٨٦] (قولُهُ: وقيل: يُقبَلُ إلخ) الظّاهر: أنَّ الخلافَ مبنـيٌّ علـى الخـلافِ في أنَّ المِصْـرَ هل هو شرطٌ لنفاذِ القضاءِ أم لا؟ فحَكَوا عن "ظاهرِ الرِّوايةِ": ((أنَّه شرطٌ))، وعن روايةِ "النَّوادر":

(قولُهُ: الظّاهرُ: أنَّ الخلافَ مبنيٌّ على الخلافِ في أنَّ المِصْرَ هل هو شرطٌ إلخ) عبارةُ "المقدسيِّ" مِـن كتابِ القاضي: ((يَكتُبُ قاضي مِصْرٍ إلى قاضي مِصرٍ آخرَ أو قاضي الرُّسْتاقِ، ولا يَكتُبُ قـاضي الرُّسْتاقِ إلى قاضي مِصْرٍ، "حدّاديّ" مَعْزِيّاً لـ"الينابيع". والظّاهرُ أنَّ هذا مبنيٌّ على اشتراطِ المصرِ لصحَّةِ القضاءِ، بـل صرَّحَ به في "المحيط" قال: لأنَّه ليس بقاضٍ، والمُفتَى به خلافُهُ)) اهـ. وعبارةُ "البزّازيَّة" أوَّلَ القضاء: ((وفي "الإملاء": أنَّ المِصْرَ ليس بشرطٍ، ويَنْبني عليه: كتابُ قاضي الرُّسْتاقِ إلى قاضي المِصْـرِ لا يُقبَـلُ في الظّـاهر؛ لأنَّه نَقْلُ الولايةِ ولا ولايةَ لقاضي الرُّسْتاقِ)) اهـ، وفيه تأمُّلٌ.

---

(١) "المنح": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/ق٦١/ب، نقلاً عن "السراج الوهاج" معزياً لـ"الينابيع".

(٢) "المنح": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/ق٦١/ب، وليس فيه التصريح بـالنقل عـن "السـراجية"، على أننا لم نعثر على النقل في "السراجية"، ولعلَّه سبق قلم من ابن عابدين رحمه الله.

(٣) في "آ": ((الحاكم)).

واعتمَدَهُ "المصنِّفُ"(١) و"الكمالُ".

(كَتَبَ كتاباً إلى مَن يَصِلُ إليه مِن قُضاةِ المسلمين، فوصَلَ إلى قاضٍ وُلِّيَ بعدَ كتابةِ هذا المكتوبِ لا يُقبَلُ)؛ لعدمِ وِلايتِهِ وقتَ الخِطابِ، "جواهر الفتاوى". وفيها: ((لو جعَلَ الخطابَ للمكتوبِ إليه ليس لنائبِهِ أنْ يَقبَلَهُ)). ....

((أنَّه ليس بشرطٍ))، وبه يُفتَى كما في "البزّازيَّة"(٢)، فعلى هذا يُفتَى بقَبُولِهِ من قاضي رُسْتاقٍ إلى قاضي مِصْرٍ أو رُسْتاقٍ، "منح"(٣)، ومثلُهُ في "شرح المقدسيِّ". ورأيتُ بخَطِّ بعضِ الفُضَلاءِ: أنَّ ما ذُكِرَ مِن ابتناءِ الخلافِ على الخلافِ الآخَرِ مُصرَّحٌ به في "البزّازيَّة"(٤).

[٢٦٥٨٧] (قولُهُ: واعتمَدَهُ "المصنِّفُ" و"الكمالُ") قد علمتَ كلامَ "المصنِّف"، وأمّا "الكمالُ" فقد قال(٥): ((والذي ينبغي أنَّه بعدَ عدالةِ شُهُودِ الأصلِ والكتابِ لا فَرْقَ)). أي: بينَ كونِهِ من قاضي مِصْرٍ أو غيرِهِ.

[٢٦٥٨٨] (قولُهُ: إلى مَن يَصِلُ إليه إلخ) أي: بناءً على قولِ "الثّاني" بجوازِ التَّعميمِ ابتداءً كما مَرَّ(٦).

[٢٦٥٨٩] (قولُهُ: لعدمِ وِلايتِهِ وقتَ الخِطابِ) أي: لأنَّه خِطابٌ، والخِطابُ إنَّما يصحُّ إذا كان له ولايةٌ وقتَهُ، "منح"(٧).

[٢٦٥٩٠] (قولُهُ: ليس لنائبِهِ أنْ يَقبَلَهُ) لأنَّه قد كُتِبَ إلى غيرِهِ، ولو جَعَلَ الخطابَ إلى النّائبِ وسَمّاه باسمِهِ ليس للمُنيبِ أنْ يَقبَلَهُ؛ لأنَّه لا يَقبَلُ الكتابَ إلاّ المكتوبُ إليه.

---

(١) "المنح": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/ق٦١/ب.

(٢) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الأول في التقليد ١٣٥/٥، ١٣٩ (هامش "الفتاوى الهندية")، إلاّ أنَّ الظاهر من عبارة مطبوعة "البزازية" أن المصر شرط على رواية "النوادر".

(٣) "المنح": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/ق٦١/ب.

(٤) انظر "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ الفصل الأول في التقليد ١٣٨/٥ ـ ١٣٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦.

(٦) صـ٥٧٠ـ "در".

(٧) "المنح": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/ق٦١/ب.

(والمرأةُ تَقضِي في غيرِ حَدٍّ وقَوَدٍ وإنْ أَثِمَ المُوَلِّي لها)؛ لخبرِ "البخاريِّ": ((لن[1] يُفلِحَ قومٌ وَلَّوْا أَمْرَهم امرأةً))* . . . .

مطلبٌ في جَعْلِ المرأةِ شاهدةً في الوَقْف

[٢٦٥٩١] (قولُهُ: في غيرِ حَدٍّ وقَوَدٍ) لأنّها لا تصلُحُ شاهدةً[2] فيهما، فلا تصلُحُ حاكمةً.

---

(١) في "د" و"و": ((لم)).

(٢) في "م": ((شهادة))، وهو خطأ.

* روى عثمانُ بن الهيثم حدَّثنا عَوْفٌ عن الحسن عن أبي بَكرةَ قال: لقد نفعني الله بكلمة ـ سمعتها مِن رسول الله ﷺ ـ أيّامَ الجَمَل بعدَما كِدتُ أنْ ألحَقَ بأصحاب الجَمَل فأُقاتلَ معهم، قال: لَمّا بلَغَ رسولَ الله ﷺ أنَّ أهل فارس قد ملَّكوا عليهم بنتَ كِسرى! قال: ((لن يُفلِحَ قومٌ وَلَّوا أمرَهُم امرأةً)).

أخرجه البخاريُّ (٤٤٢٥) في المغازي ـ باب كتاب النَّبيِّ إلى كسرى وقيصر، و(٧٠٩٩) في الفتن ـ باب الفتن التي تموج كموج البحر، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٣٦٥٠)، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٣/٩٠ و١٠/١١٧ـ ١١٨.

ورواه صفوانُ بن عيسى والنَّضْرُ بن شُميل عن عَوْفٍ عن الحسن عن أبي بَكرةَ عن النَّبيِّ ﷺ بنحوه. أخرجه البَزّار (٣٦٥٠)، والإسماعيليُّ كما في "فتح الباري" ١٣/٥٦.

ورواه يحيى بنُ سعيد ويزيدُ بن هارونَ ومحمَّدُ بن بكر عن عُيينةَ بن عبد الرَّحمن بن جَوْشن الغَطَفانيِّ عن أبيه عن أبي بَكرةَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: ((لن يُفلِحَ قومٌ أسنَدُوا أمرَهم إلى امرأة)). أخرجه أحمدُ ٥/٣٩ و٤٧، والطَّيالسيُّ (٨٧٨)، وابنُ أبي شَيبةَ ٨/٧١١.

ورواه يزيدُ بن هارونَ عن مبارك بن فَضالة عن الحسن عن أبي بَكرةَ قال: قال رسولُ الله ﷺ: ((لا يُفلِحُ قومٌ تَملِكُهم امرأةٌ)). أخرجه أحمدُ ٥/٤٧ و٥١، وابنُ حبّانَ كما في "الإحسان" (٤٥١٦)، والقُضاعيُّ في "مسند الشِّهاب" (٨٦٤) و(٨٦٥).

وروى خالدُ بن الحارث عن حُميد الطَّويل عن الحسن عن أبي بَكرةَ رضي الله عنه قال: ((عصَمَني الله بشيء سمعته مِن رسول الله ﷺ لَمّا هلَكَ كِسرى، قال: ((مَن استَخلَفُوا؟ قالوا: ابنتَه، قال: فقال: لن يُفلِحَ قومٌ وَلَّوا أمرَهم امرأةً)).

قال: فلمّا قَدِمَت عائشةُ ذكرتُ قولَ رسول الله ﷺ فعصَمَني الله به.

أخرجه التِّرمذيُّ (٢٢٦٢) في الفتن بابٌ، وقال: حديث حسن صحيح، والنَّسائيُّ في "المجتبى" ٨/٢٢٧، و"الكبرى" (٥٩٣٧) في القضاء ـ النَّهي عن استعمال النِّساء في الحُكم، والحاكمُ في "المستدرك" ٣/١١٨ ـ ١١٩ و٤/٢٩١.

وروى أسودُ بن عامر عن حمّاد بن سَلَمةَ عن حُميد عن الحسن عن أبي بَكرةَ أنَّ رجُلاً مِن أهل فارس أتى النَّبيَّ ﷺ فقال: ((إنَّ ربِّي قتَلَ ربَّكَ)) يعني: كِسرى. وقيل للنَّبيِّ ﷺ: إنّه قد استَخلَفَ ابنتَه، فقال: ((لا يُفلِحُ قومٌ تَملِكُهم امرأةٌ)).=

(وتَصلُحُ ناظِرةً) لوَقْفٍ، (ووَصِيَّةً) ليتيمٍ، (وشاهدةً)، "فتح"[١]. فصحَّ تقريرُها في

= أخرجه أحمدُ ٤٣/٥، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٣٦٤٧)، والبيهقيُّ في "الدَّلائل" ٣٩٠/٤.

قال البَزّار: وهذا الحديث قد رواه أبو بَكرةَ، ورواه عن أبي بَكرةَ جماعةٌ. وهذا الإسناد أحسنُ إسنادٍ يُروى في ذلك مِن حديث حُميد الطَّويل.

ورواه جعفرُ بن سليمانَ عن أبي سَهْلٍ كَثيرِ بن زياد ـ ثقةٌ مأمون ـ عن الحسن عن أبي بَكرةَ نحوَه.

أخرجه البَزّار في "البحر الزَّخّار" (٣٦٤٨)، ثمَّ قال: وهذا الكلام قد روي عن النَّبيِّ ﷺ مِن غير وجه، ولا نعلمُ أحداً رواه إلاّ أبو بَكرةَ مِن هذا الوجه.

ورواه هَوْذَةُ بن خَليفة عن حمّاد بن سَلَمةَ عن عليِّ بن زيدٍ عن عبد الرَّحمن بن أبي بَكرةَ عن أبي بَكرةَ فذكر أحاديث مِنها: وقال أبو بَكرةَ: قال رسول الله ﷺ: ((مَن يلي أمرَ فارسَ؟)) قالوا: امرأةٌ. قال: ((ما أفلَحَ قومٌ يلي أمرَهم امرأةٌ)).

أخرجه أحمدُ ٥٠/٥، وابنُ عبد البَرِّ في "التَّمهيد" ٢٩٣/٢.

وروى خالدُ بن خِداش وأحمدُ بن عبد الملك الحَرّانيُّ وحامدُ بن عمرَ البكراويُّ عن بكّار بن عبد العزيز عن أبيه عن أبي بَكرةَ رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ أتاه فتحٌ فسجَدَ، فجعَلَ يسألُ الرَّسول، وعنده خبرُهم: مَن أمَّروا، أو مَن ولَّوا أمرَهم؟ فقال: امرأةٌ! فقال النَّبيُّ ﷺ: ((هلَكَتِ الرِّجالُ حين ملَكَتِ النِّساءُ)). أخرجه أحمدُ ٤٥/٥، والبَزّار في "البحر الزَّخّار" (٣٦٩٢)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٤٣/٢.

وبكّارُ بن عبد العزيز: قال ابنُ عَدِيٍّ: أرجو أنَّه لا بأسَ به، وهو مِن جملة الضُّعفاء الذين يُكتَبُ حديثُهم.

ورواه أبو عاصمٍ عن عُتيبةَ بن عبد الرَّحمن بن أبي بَكرةَ عن أبيه عن أبي بَكرةَ قال: قال رسول الله: ((لا يُفلِحُ قومٌ تَملِكُ أو تلي أمرَهم امرأةٌ)). أخرجه ابنُ قانعٍ في "معجم الصَّحابة" ١٤٣/٣.

وروى بقيَّةُ بن الوليد عن سليمانَ الأنصاريِّ عن الحسن عن الأحنَف بن قيس قال: بايعتُ عليَّ بن أبي طالب رضي الله عنه، قال: فرآني أبو بَكرةَ وأنا مُتقلِّدٌ سيفاً، فقال: ما هذا يا ابن أخي؟ قلتُ: بايعتُ عليّاً، قال: لا تفعلْ يا ابن أخي! فإنَّ القومَ يقتتلون على الدُّنيا، وإنَّما أخذوها بغير مَشورة، قلتُ: فأُمُّ المؤمنين؟ قال: امرأةٌ ضعيفةٌ سمعت رسولَ الله ﷺ يقول: ((لا يُفلِحُ قومٌ يلي أمرَهم امرأةٌ)). أخرجه نُعَيم بن حمّاد في "الفتن" (٤٦١) ١٧٤/١.

ورواه عبدُ الرَّحمن بن عمرِو بن جَبَلةَ حدَّثنا أبو عَوانةَ حدَّثنا سِماكُ بن حرب عن جابرِ بن سَمُرة نحوَ حديث الحسن عن أبي بَكرةَ.

أخرجه الطَّبرانيُّ في "الأوسط" (٤٨٥٢)، ثمَّ قال: لا يُروى هذا الحديث عن جابر بن سَمُرة إلاّ بهذا الإسناد، تفرَّدَ به عبدُ الرَّحمن بنُ عمرِو بنِ جَبَلةَ.

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٩١/٦ بتصرف.

النَّظَرِ والشَّهادةِ في الأوقافِ ولو بلا شَرْطِ واقِفٍ، "بحر"[١]. قال[١]: ((وقد أَفْتيتُ فيمَن شرَطَ الشَّهادةَ في وَقْفِهِ لفلانٍ ثُمَّ لولدِهِ، فماتَ وترَكَ بِنْتاً أنَّها تَستحِقُّ وظيفةَ الشَّهادةِ)).

[٢٦٥٩٢] (قولُهُ: ولو بلا شَرْطِ واقِفٍ) أمّا إذا شرَطَ الواقِفُ فلا شكَّ فيه؛ لأنَّها أهلٌ للشَّهادة، وأمّا بدُونِ شرطِهِ النّاصِّ عليها ـ كما في صورةِ [٣/ق٢٣٤/أ] الحادثةِ التي ذكَرَها ـ ففيه نِزاعٌ، فقد رَدَّهُ في "النَّهرِ"[٢]: ((بأنَّ قولَهُ: ثمَّ لولدِهِ لا يَشمَلُ الأنثى؛ لأنَّ عُرفَ الواقِفِينَ مُراعًى، ولم يَتَّفِقْ تقريرُ أُنثى شاهدةً في وَقْفٍ في زمنٍ ما فيما عَلِمنا، فوجَبَ صَرْفُ ألفاظِهِ إلى ما تَعارَفُوهُ، وهو الشّاهدُ الكاملُ)) إلى آخرِ كلامِهِ، ونقَلَ "الحَمَويُّ" مثلَهُ عن "المقدسيِّ"، ثمَّ نقَلَ عن بعضِهِم: ((أنَّ هذا لا يَمنَعُ كونَها أهلاً للشَّهادةِ، وقولُ الأصحابِ بجوازِ شهادتِها وقضائِها في غيرِ حَدٍّ وقَوَدٍ صريحٌ في صحَّةِ تقريرِها في الأوقافِ)) اهـ.

قلت: لا يخفى ما فيه، فإنَّ الكلامَ ليس في أهليَّتِها، بل في دُخُولِها في كلامِ الواقِفِ المبنيِّ على المُتعارَفِ.

مطلبٌ: لا يصحُّ تقريرُ المرأةِ في وظيفةِ الإمامة

(تنبيهٌ)

وأمّا تقريرُها في نحوِ وظيفةِ الإمامِ[٣] فلا شَكَّ في عدمِ صحَّتِهِ لعدمِ أهليَّتِها، خلافاً لِما زعَمَهُ بعضُ الجَهَلةِ أنَّه يصحُّ وتَستنيِبُ؛ لأنَّ صحَّةَ التَّقريرِ يَعتمِدُ وُجُودَ الأهليَّةِ، وجوازُ الاستنابةِ فرعُ صحَّةِ التَّقريرِ. اهـ "أبو السُّعود"[٤].

مطلبٌ: لا يصحُّ توليةُ السُّلطانِ مُدرِّساً ليس بأهلٍ

وفي "الأشباه"[٥]: ((إذا ولّى السُّلطانُ مُدرِّساً ليس بأهلٍ لم تصحَّ توليتُهُ؛ لأنَّ فعلَهُ مُقيَّدٌ

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٥/٧.

(٢) "النهر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٤/أ.

(٣) في "فتح المعين": ((الإمامة)) ومثله في "ط"، وفي هامش "ط": ((الإمام، نسخة)).

(٤) "فتح المعين": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٤/٣.

(٥) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثالث: الجمع والفرق ـ فائدة: إذا ولّى السلطان مدرِّساً ليس بأهل صـ٤٦١ ـ ٤٦٢ـ.

....

بالمصلحةِ، ولا مصلحةَ في توليةِ غيرِ الأهلِ، وإذا عَزَلَ الأهلَ لم يَنعزلْ. وفي "مُعيد النِّعَمِ ومُبيد النِّقَم"[١]: المُدرِّسُ إذا لم يكنْ صالحاً للتَّدريسِ لم يَحِلَّ له تناوُلُ المعلومِ اهـ.

[مطلبٌ في تعريفِ أهلِيَّةِ التَّدريسِ]

والذي يَظهَرُ في تعريفِ أهليَّةِ التَّدريسِ أنَّها بمعرفةِ منطوقِ الكلامِ ومفهومِهِ وبمعرفةِ المفاهيم، وأنْ يكونَ له سابقةُ اشتغالٍ على المشايخِ بحيث صار يَعرِفُ الاصطلاحاتِ ويَقدِرُ على أَخْذِ المسائلِ مِن الكتبِ، وأنْ يكونَ له قدرةٌ على أنْ يسألَ ويُجيبَ إذا سُئِلَ، ويَتوقَّفُ ذلك على سابقةِ اشتغالٍ في النَّحوِ والصَّرفِ بحيث صار يَعرِفُ الفاعلَ مِن المفعولِ وغيرَ ذلك، وإذا قرَأَ لا يَلحَنُ، وإذا قرَأَ لاحِنٌ[٢] بحضرتِهِ رَدَّ عليه)) اهـ مختصراً، "ط"[٣].

مطلبٌ في توجيهِ الوظائفِ للابنِ ولو صغيراً

قلتُ: ومُقتضاهُ أنَّه إذا مات الإمامُ أو المُدرِّسُ لا يصحُّ توجيهُ وظيفتِهِ على ابنِهِ الصَّغيرِ، وقدَّمنا في الجهادِ في آخرِ فصلِ الجِزْية[٤] عن العلاَّمة "البيريِّ" بعدَ كلامٍ نقَلَهُ إلى أنْ قال[٥]: ((أقولُ: هذا مُؤيِّدٌ لِما هو عُرْفُ الحرمين الشَّريفين ومصرَ والرُّومِ مِن غيرِ نكيرٍ مِن إبقاءِ أبناءِ الميتِ ـ ولو كانوا صغاراً ـ على وظائفِ آبائِهم مِن إمامةٍ وخطابةٍ وغيرِ ذلك عُرفاً مَرْضِيّاً؛ لأنَّ فيه إحياءَ خَلَفِ العلماءِ ومساعدتَهم على بَذْلِ الجُهدِ في الاشتغالِ بالعِلْمِ، وقد أفتى بجوازِ ذلك طائفةٌ مِن أكابرِ الفُضَلاءِ الذين يُعوَّلُ على إفتائِهم)) اهـ.

وقيَّدنا ذلك هناك[٦] بما إذا اشتَغَلَ الابنُ بالعِلْمِ، أمَّا لو ترَكَهُ وكَبِرَ وهو جاهلٌ فإنَّه يُعزَلُ

---

(١) "معيد النعم ومبيد النقم": المثال الثامن والأربعون: المدرس صـ١٠٦ـ بتصرف، وهو لأبي النصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، تاج الدين السُّبْكيّ المصريّ الشّافعيّ، قاضي القضاة (ت٧٧١هـ). ("كشف الظنون" ٢/١٧٤٤، "الدرر الكامنة" ٢/٤٢٥، "الأعلام" ٤/١٨٤).

(٢) عبارة "الأشباه" و"ط": ((وإذا لَحَنَ قارئٌ)).

(٣) "ط": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١٣.

(٤) المقولة [٢٠٢٣٧] قوله: ((لم أرَهُ)).

(٥) لم نعثر عليها في مخطوطة "عمدة ذوي البصائر" التي بين أيدينا.

(٦) المقولة [٢٠٢٣٧] قوله: ((لم أرَهُ)).

وفي "الأشباه"[١] مِن أحكامِ الأُنثى: ((اختارَ[٢] في "المسايرةِ"[٣] جوازَ كونِها نبيَّةً لا رسولةً؛ لبناءِ حالِهنَّ على السَّتْر)). ....

وتُعطَى الوظيفةُ للأهلِ لفواتِ العِلَّة، وقدَّمنا[٤] في الوَقْفِ: أنَّه لا يصحُّ جَعْلُ الصَّبيِّ الصَّغيرِ[٥] ناظراً على وَقْفٍ، فراجِعْ ما حَرَّرناهُ في الموضعين.

[٢٦٥٩٣] (قولُهُ: اختارَ) أي: "الكمالُ" في "المسايرةِ" هي رسالةٌ في عِلْمِ الكلامِ سايَرَ بها عقيدةَ "الغزاليِّ"، "ط"[٦].

[٢٦٥٩٤] (قولُهُ: لبناءِ حالِهنَّ على السَّتْر) أي: والرَّسولُ يحتاجُ إلى مُخالطةِ الذُّكُورِ بالتَّعليمِ وإقامةِ الحُجَجِ عليهم وغيرِ ذلك ممَّا لا يكونُ إلاّ مِن الذُّكُورِ، والجوازُ لا يقتضي الوقوعَ. قال في "بدء الأمالي"[٧]: [وافر]

وما كانَتْ نبيّاً قَطُّ أنثى ....، "ط"[٨].

(قولُهُ: قولُهُ: اختارَ أي: "الكمالُ" في "المسايرةِ") عبارةُ "المسايرةِ" ليس فيها ما يُفيدُ اختيارَ جوازِ كونِها نبيَّةً، ونصُّها ـ على ما نقَلَهُ "السِّنديُّ" ـ: ((شرطُ النُّبوَّةِ الذُّكُورَةُ)) إلى أنْ قال: ((وخالَفَ بعضُ أهلِ الظَّاهرِ والحديثِ حتّى حَكَمُوا بنُبُوَّةِ "مريمَ" عليها السَّلام، وفي كلامِهم ما يُشعِرُ بالفَرْقِ بينَ النُّبوَّةِ والرِّسالةِ بالدَّعوى وعدمِها، وعلى هذا لا يَبْعُدُ اشتراطُ الذُّكُورةِ، لكنَّ أَمْرَ الرِّسالةِ مبنيٌّ على الاشتهارِ والإعلانِ والتَّردُّدِ بينَ المجامعِ للدَّعْوى، ومبنى حالِهن على السَّتْرِ والقرارِ إلخ)).

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثالث: الجمع والفرق ـ أحكام الأنثى صـ٣٨٦ـ.

(٢) في "ط": ((اختاره))، وهو خطأ.

(٣) الذي في "المسايرة": ((اشتراط الذكورة)) صـ٢٢٦ـ كما ذكر الرافعيّ. وقد نبَّه محشي "الأشباه" الحموي ٣/٣٩٣ على ذلك وذكر عبارة "المسايرة" ثمَّ قال: ((وقد بسط الكلام على هذه المسألة في "فتح الباري شرح البخاري" في كتاب الأنبياء ـ في باب امرأة فرعون فليراجع)).

(٤) المقولة [٢١٥٠١] قوله: ((غيرَ مأمونٍ إلخ)).

(٥) ((الصغير)) ليست في "الأصل".

(٦) "ط": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١٣.

(٧) انظر "شرح ضوء المعالي على منظومة بدء الأمالي": المبحث الثالث ـ ما يجب للرسل وما يجوز لهم وما يستحيل عليهم صـ١٠١ـ.

(٨) "ط": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١٣.

(ولو قَضَتْ في حَدٍّ وقَوَدٍ فرُفِعَ إلى قاضٍ آخرَ) يَرَى جوازَهُ (فأَمْضاهُ ليس لغيرِهِ إبطالُهُ)؛ لخلافِ "شُرَيحٍ"، "عيني"[(١)]. ....

٣٥٦/٤ [٢٦٥٩٥] (قولُهُ: يَرَى جوازَهُ) قيَّدَ به لأنَّ نَفْسَ القضاءِ إذا كان مُختلَفاً فيه لا يَنفُذُ ما لم يُنفِّذْهُ قاضٍ آخرُ يَرَى جوازَهُ، فحينئذٍ إذا رُفِعَ إلى مَن لا يَراهُ نَفَّذَهُ، بخلافِ ما إذا كان الخلافُ في طريقِ القضاءِ لا في نفسِهِ فإنَّه يَنْفُذُ على المخالفِ بدُون تنفيذِ آخرَ كما حرَّرناهُ[(٢)] سابقاً، ولذا قال "العينيُّ"[(٣)]: ((ولو قَضَتْ بالحُدُودِ والقِصاصِ وأَمضاهُ قاضٍ آخرُ يَرَى جوازَهُ جازَ بالإجماعِ؛ لأنَّ نَفْسَ القضاءِ مُجتهَدٌ فيه، فإنَّ "شُرَيحاً" كان يُجوِّزُ شهادةَ النِّساءِ مع رَجُلٍ في الحُدُودِ والقِصاصِ[(٤)]، وقال الشَّيخُ "أبو المعينِ النَّسفيُّ" في "شرح الجامع الكبير"[(٥)]: ولو قَضَى القاضي في الحُدُودِ بشهادةِ [٣/ق٢٣٤/ب] رجلٍ وامرأتين نَفَذَ قضاؤُهُ، وليس لغيرِهِ إبطالُهُ؛ لأنَّه قَضَى في فصلٍ مُجتهَدٍ فيه، وليس نَفْسُ القضاءِ هنا مُختلَفاً فيه)) اهـ، أي: بخلافِ قضاءِ المرأةِ في الحدود، فإنَّ المُجتهَدَ فيه نفسُ القضاءِ.

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨٩/٢ بتصرف.

(٢) المقولة [٢٦٣١٤] قوله: ((وذكَرَ في "الدُّرر" لِما يَنفُذُ سبعَ صور)).

(٣) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨٩/٢.

(٤) روى عبدُ الرَّزّاق في "المصنَّف" (١٥٤١٧) عن أبي سفيانَ عن ابن عَوْنٍ عن الشَّعبيِّ ((أنَّ شُرَيحاً أجازَ شهادةَ امرأتين في عِتْقٍ)).

وروى عبدُ الرَّزّاق (١٥٤١٤) عن ابن جُرَيجٍ عن عطاء قال: ((تَجوزُ شهادةُ النِّساء مع الرِّجال في كلِّ شيءٍ، وتَجوزُ على الزِّنا امرأتان مع ثلاث رجال، رأياً مِنه)).

وروى عبدُ الرَّزّاق (١٥٤١٦) قال: أخبرني الأسلميُّ [متروكٌ] أخبرني الحَجّاج بن أرطاةَ عن عطاء بن أبي رَباح ((أنَّ عمرَ بن الخطّاب أجازَ شهادةَ رجُلٍ واحدٍ مع نساء في نكاح)). والصَّوابُ الأوَّلُ.

وروى عبدُ الرَّزّاق (١٥٤١٥) عن ابن جُرَيجٍ قال: قال ابن شِهاب: ((... تَجُوزُ شهادةُ النِّساء على القتلِ إذا كان معهنَّ رجلٌ واحدٌ)).

وروى عبدُ الرَّزّاق (١٨٨٩٦) عن سفيانَ في رجلٍ وامرأتين شَهِدُوا على رجلٍ أنَّه سرَقَ ثوباً ثَمَنُه عشرون درهماً، قال: ((نُجيزُ شهادتَهم في المال، ولا نقطعُه)).

وروى محمَّدُ بن خَلَف "وكيعٌ" في "أخبار القضاة" ٣٥٩/٢، عن حمّاد بن زيدٍ عن أيُّوبَ عن محمَّد بن سيرينَ: ((أنَّ رجلين اختصما إلى شُرَيحٍ، وادَّعَيا شهادةَ امرأةٍ رَضِيا بقولها، وأرسَلَ إليها وجيء بها فسألها، فقضَى بينهما بقولها)).

(٥) شرح أبي المعين ميمون بن محمد بن محمد بن مُعْتَمِد المكحوليِّ النسفيِّ (ت٥٠٨هـ) على "الجامع الكبير" للإمام محمد ("كشف الظنون" ٥٧٠/١، "الجواهر المضية": ٥٢٧/٣، "الفوائد البهية" صـ٢١٦ـ).

والخُنثى كالأُنثى، "بحر". واعلمْ أنَّه إذا وقَعَ للقاضي حادثةٌ أو لولدِهِ فأنابَ غيرَهُ، و[1](قَضَى نائبُ القاضي له أو لولدِهِ جازَ) قضاؤُهُ، (كما لو قَضَى للإمام الذي قَلَّدَهُ القضاءَ أو لولدِ الإمامِ) "سراجيَّة"[2]. وفي "البزّازيَّة"[3]: ((كلُّ مَن تُقبَلُ شهادتُهُ له وعليه يصحُّ قضاؤُهُ له وعليه)) اهـ، ....

[٢٦٥٩٦] (قولُهُ: والخُنثى كالأُنثى) أي: فيصحُّ قضاؤُهُ في غيرِ حَدٍّ وقَوَدٍ بالأَولى، وينبغي أنْ لا يصحَّ في الحُدُودِ والقِصاصِ لشُبْهةِ الأُنوثةِ، "بحر"[4].

[٢٦٥٩٧] (قولُهُ: أو لولدِهِ) أي: ونحوِهِ مِن كلِّ مَن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له كما يُعلَمُ مِمّا يأتي[5].

[٢٦٥٩٨] (قولُهُ: فأنابَ غيرَهُ) أي: وكان مِن أهلِ الإنابة، "بحر"[6] عن "السِّراجيَّة"[7]، أي: بأنْ كان مأذوناً له بالإنابة.

[٢٦٥٩٩] (قولُهُ: كما لو قَضَى) أي: القاضي.

مطلبٌ: شهادةُ الجندِ للأميرِ إلخ

(قولُ "الشّارح": وفي "البزّازيَّة": كلُّ مَن تُقبَلُ شهادتُهُ إلخ) مُقتضى هذا قَبُولُ شهادةِ الرَّعايا لأميرِهم، وكذا عُمّالُهم، ويَظهَرُ عليه أنَّ السُّلطانَ ـ لو وَكَّلَ وكيلاً في شيءٍ ـ تُقبَلُ شهادةُ الرَّعايا له نظيرَ ما سبَقَ متناً. وفي البابِ الرّابعِ فيمَن تُقبَلُ شهادتُهُ مِن "الهنديَّة" عن "الخلاصة": ((شهادةُ الجندِ للأميرِ لا تُقبَلُ إنْ كانوا يُحصَون، وإنْ كانوا لا يُحصَون تُقبَلُ، نَصَّ في "الصَّيْرفيَّةِ" في حَدِّ الإحصاءِ: مائةٌ وما دُونَهُ، وما زادَ عليه فهؤلاء لا يُحصَون، كذا في "جواهرِ الأخلاطيِّ")) اهـ. قال في "التَّكملة": ((وقدَّمناهُ في الشَّهادات)) اهـ. لكنْ في "حاشيتِهِ" على "البحر": ((وعن "شَرَفِ الأئمَّة": لا تُقبَلُ شهادةُ الرَّعيَّةِ لوكيلِ الرَّعيَّةِ والشّحنةِ والرَّئيسِ والعاملِ لِجَهْلِهم

---

(١) في "د" و"و": ((فـ (قضى)) بالفاء بدل الواو.

(٢) "الفتاوى السراجية": كتاب القضاء ـ باب ما يجوز من القضاء وما لا يجوز ٢٦٢/٢ بتصرف.

(٣) "البزازية": كتاب أدب القاضي ـ نوع في إبطال القضاء ١٦٠/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧ بتصرف.

(٥) في هذه الصحيفة وما بعدها "در".

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧.

(٧) "الفتاوى السراجية": كتاب القضاء ـ باب ما يجوز من القضاء وما لا يجوز ٢٦١/٢.

خلافاً لـ "الجواهر" و "الملتقط"[١]، فليُحفَظْ. ....

[٢٦٦٠٠] (قولُهُ: خلافاً لـ "الجواهر") حيث قال فيها: ((القاضي إذا كانَتْ له خُصُومةٌ على إنسان، فاستخلَفَ خليفةً فقَضَى له على خَصْمِهِ لا يَنفُذُ؛ لأنَّ قضاءَ نائبِهِ كقضائِهِ بنفسِهِ، وذلك غيرُ جائزٍ؛ لِما ذكَرَ "محمَّدٌ": أنَّ مَن وَكَّلَ رجلاً بشيءٍ، ثمَّ صار الوكيلُ قاضياً فقَضَى لِمُوكِّلِهِ

ومَيْلِهم خوفاً مِنه، وكذا شهادةُ المُزارِعِ اهـ. وهو صريحٌ في عدمِ جوازِ شهادةِ مَن ذُكِرَ للتُّهَمَةِ وفسادِ الزَّمان. وهذا الذي يجبُ أنْ يُعوَّلَ عليه في زمانِنا، فتدبَّرْ. وبه يُعلَمُ أنَّ شهادةَ الفلاّحين لشيخِ قريتِهم، وشهادتَهم للقَسّامِ الذي يَقسِمُ عليهم، وشهادةَ الرَّعِيَّةِ لحاكمِهم وعاملِهم ومَن له نوعُ وِلايةٍ عليهم لا تجوزُ)) اهـ. ثمَّ رأيتُ في "الزَّيلعيِّ" مِن القضاء ما نصُّهُ: ((أهلُهُ أهلُ الشَّهادةِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِنهما يُثبِتُ الولايةَ على الغير. الشّاهدُ بشهادتِهِ يُلزِمُ الحاكمَ أنْ يَحكُمَ، والحاكمُ بحُكمِهِ يُلزِمُ الخَصْمَ، ومَن صلَحَ شاهداً صلَحَ قاضياً، فكانا مِن بابٍ واحدٍ، فيُستفادُ أحدُهما مِن الآخر)) اهـ. وفيه مِن الشَّهادة: ((رُوِيَ أنَّ "الحسن" شَهِدَ لـ "عليٍّ" مع "قُنْبرٍ" عند "شُرَيحٍ" بدِرْعٍ، فقال "شُرَيحٌ" لـ "عليٍّ": ائتِ بشاهدٍ، فقال: مكانَ "الحسن" أو "قُنْبرٍ"؟ فقال: مكانَ "الحسن"، قال: أما سمعتَ رسولَ الله ﷺ يقولُ لـ "الحسن" و"الحسين": ((هما سيِّدا أهلِ الجنَّة))؟! قال: سمعتُ، لكن ائتِ بشاهدٍ آخرَ، القصَّةَ إلى آخرِها. وفيها: أنَّه استحسَنَهُ وزادَهُ في الرِّزق)) اهـ. وسيأتي في "الشَّرح" بعد أسطرٍ: ((لا يَقضِي القاضي لِمَن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له)) اهـ. وفي "قاضيخان شرحِ الزِّيادات" مِن كتابِ السِّيَرِ: ((شَهِدَ فقيران مسلمان على رجلٍ بسَرِقةِ شيءٍ مِن بيتِ المال جازَتْ شهادتُهما، وكذا لو شَهِدا بمسجدٍ أو طريقٍ للعامَّة، وللقاضي أنْ يَقضِيَ بالغنيمةِ وإنْ كان له شِرْكةٌ فيها، وما لا يَمنَعُ القضاءَ لا يَمنَعُ الشَّهادةَ)) اهـ.

وفي "الخانيَّة" مِن: فصلٌ فيمَن يجوزُ قضاءُ القاضي له: ((يجوزُ قضاءُ القاضي للأميرِ الذي وَلاّهُ، وكذا قضاءُ القاضي الأسفلِ للقاضي الأعلى، وقضاءُ الأعلى للأسفلِ)) اهـ.

وفي "البحر" مِن الشَّهادات: ((أنَّ مَن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له فلا يجوزُ قضاؤُهُ له، فلا يَقضِي لأصلِهِ وإنْ عَلا، ولا لفَرْعِهِ وإنْ سفَلَ، ولا لوكيلِ مَن ذكرنا كما في قضائِهِ لنفسِهِ كما في "البزّازيَّة". وفيها: اختَصَمَ رجلان عندَ القاضي ووَكَّلَ أحدُهما ابنَ القاضي أو مَن لا تجوزُ شهادتُهُ له، فقَضَى القاضي لهذا الوكيلِ لا يجوزُ، وإنْ قَضَى عليه يجوزُ إلخ)) اهـ.

(١) "الملتقط": كتاب الشهادات صـ٣٨٦ـ.

(ويَقضِي النّائبُ بما شَهِدُوا به عندَ الأصلِ، وعكسُهُ) وهو قضاءُ الأصلِ بما شَهِدُوا به عندَ النّائبِ، ....

في تلك الحادثةِ لم يَجُزْ؛ لأنّه قَضَى لِمَن وَلّاهُ ذلك، فكذلك نائبُ هذا القاضي))، قال: ((والوجهُ لِمَن ابتُلِيَ بمثلِ هذا: أنْ يَطلُبَ مِن السُّلطانِ الذي وَلّاهُ أنْ يُولّيَ قاضياً آخرَ حتّى يَختَصِما إليه فيَقضِيَ، أو يَتحاكَما إلى حاكمٍ مُحكَّمٍ ويَتَراضَيا بقضائِهِ فيَقضِيَ بينَهما، فيجوزُ)) اهـ.

قلتُ: ولعلَّ هذا محمولٌ على ما إذا لم يكن القاضي مأذوناً له بالإنابةِ كما يدلُّ عليه قولُهُ: ((والوجهُ إلخ))، وإلاّ فلو كان مأذوناً كان نائبُهُ نائباً عن السُّلطانِ كما مَرَّ في فصلِ الحبسِ[١]، فلا يَحتاجُ إلى أنْ يَطلُبَ مِن السُّلطانِ توليةَ قاضٍ آخرَ، فلذا مَشَى "المصنِّفُ" هنا على الجوازِ وإنْ تَرَدَّدَ فيه في "شرحِهِ"[٢] قُبيلَ قولِهِ: ((ويَرُدُّ هديَّةً)).

(قولُ "المصنِّف": ويَقضِي النّائبُ بما شَهِدُوا به عندَ الأصلِ، وعكسُهُ) نظيرُ هذا ما ذَكَرَ في "الدُّررِ" قُبيلَ كتابِ القاضي: ((إنْ غابَ الوكيلُ أو مات بعدَما أُقيمَت البيِّنةُ عليه، ثمَّ حضَرَ المُوكِّلُ يُقضَى عليه بتلك البيِّنةِ، وكذا لو غابَ المُوكِّلُ ثمَّ حضَرَ الوكيلُ فإنَّه يُقضَى عليه بتلك البيِّنةِ، وكذا لو ماتَ المُدَّعَى عليه بعدَما أُقيمَتْ عليه البيِّنةُ يُقضَى بها على الوارثِ، وكذا لو أُقيمَتْ على أحدِ الورثةِ ثمَّ غاب يُقضَى بها على الوارثِ الآخرِ، وكذا لو أُقيمَت البيِّنةُ على نائبِ الصَّغيرِ ثمَّ بلَغَ الصَّغيرُ يُقضَى بها عليه، ولا يُكلَّفُ بإعادةِ البيِّنةِ، كذا في "الخانيَّة")).

ثمَّ اعلَمْ أنَّ ما ذكَرَهُ "المصنِّفُ" إنّما يَظهَرُ فيما لو كان القاضي المأذونُ بالإنابةِ أنابَ غيرَهُ لا في نُوّابِ زمانِنا، فإنَّ كُلاًّ مِن القاضي والنّائبِ يَتولّى مِن قِبَلِ نائبِ السُّلطانِ، فهما بمنزلةِ قاضِيَيْنِ كلٌّ تَوَلّى مِن الخليفة.

(قولُهُ: ولعلَّ هذا محمولٌ على ما إذا لم يكن القاضي مأذوناً له بالإنابةِ إلخ) هذا الحَمْلُ غيرُ مناسبٍ، فإنَّ المانعَ مِن جوازِ قضاءِ النّائبِ إنّما هو أنَّ قضاءَ نائبِهِ كقضائِهِ بنفسِهِ، وإلاّ كان المانعُ هو عدمَ صحَّةِ الإنابةِ، وقولُهُ: ((والوجهُ)) لا يدلُّ لِما قالَهُ.

---

(١) صـ ٤١٠ـ "در".

(٢) "المنح": كتاب القضاء ٢/ق٥٤/ب ـ ٥٥/أ.

فيجوزُ للقاضي أنْ يقضيَ بتلك الشَّهادةِ بإخبارِ النّائبِ وعكسُهُ، "خلاصة"[(١)].

(فروعٌ)

لا يَقضِي القاضي لِمَن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له إلاّ إذا وَرَدَ عليه كتابُ قاضٍ لِمَن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له، فيَجوزُ قضاؤُهُ به، "أشباه"[(٢)]. وفيها[(٢)]: ((لا يَقضِي لنفسِهِ ولا لولدِهِ

[٢٦٦٠١] (قولُهُ: لا يَقضِي القاضي إلخ) في "الهنديَّة"[(٣)]: ((لا يجوزُ للقاضي أنْ يَقضِيَ لوكيلِهِ، ولا لوكيلِ وكيلِهِ، ولا لوكيلِ أبيه وإنْ علا، أو ابنِهِ وإنْ سفَلَ، ولا لعبدِهِ، ولا لِمُكاتَبِهِ، ولا لعبيدِ مَن لا تُقبَلُ شهادتُهُ لهم[(٤)]، ولا لِمُكاتَبِهم، ولا لشَريكِهِ مُفاوَضةً أو عِناناً في مالِ هذه الشِّرْكةِ ـ كذا في "المحيط"[(٥)] ـ وكلِّ مَن لا تجوزُ شهادتُهُ كالوالدِينِ والمولودِين والزَّوجِ والزَّوجةِ، كذا في "شرحِ الطَّحاويِّ"[(٦)])) اهـ مُلخَّصاً. وفي "مُعين الحُكّام"[(٧)]: ((مِمّا يَجْرِي مَجْرى القضاءِ الإفتاءُ، فينبغي للمُفتي الهروبُ مِن هذا متى قدَرَ)) اهـ، أي: وكان هناك مُفْتٍ غيرُهُ، "حَمَويّ"[(٨)]، "ط"[(٩)].

قلتُ: والعِلَّةُ في ذلك التُّهَمَةُ.

(قولُ "الشّارح": فيَجوزُ قضاؤُهُ به إلخ) القَصْدُ أنَّ قضاءَ المكتوبِ إليه لابنِهِ صحيحٌ.

---

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء ـ الفصل الثاني في أدب القضاة والحكام ـ الجنس الرابع في المعاملة مع المُدَّعي والمدَّعى عليه ق١٩٧/أ بتصرف، وعبارتها: ((بإحضار)) بدل ((بإخبار)) بتصرف.

(٢) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدَّعاوى صـ٢٦٨ـ بتصرف.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي ـ الباب العشرون فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز ٣/٣٦٦ ـ ٣٦٧.

(٤) في النسخ جميعها: ((شهادتهم له))، وما أثبتناه من "المحيط" و"الهندية" و"ط".

(٥) "المحيط البرهاني": كتاب القضاء ـ الفصل العشرون فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز ٤/ق٨٠/ب.

(٦) هو شرح أبي نَصْرٍ الاسبيجابيّ (ت حدود ٤٨٠هـ) على "مختصر الطحاويّ"، وتقدمت ترجمته: ١/٤٨٧، ٣/٤٥٠.

(٧) "معين الحكام": الباب الخامس في أركان القضاء ـ الركن الثالث: المقضي له صـ٣٩ـ.

(٨) "غمز عيون البصائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدَّعاوى ٢/٣٦٣.

(٩) "ط": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١٣.

إلاّ في الوصيَّة))، وحَرَّرَ "الشُّرُنبلاليُّ" في "شرحِهِ" لـ"الوهبانيَّةِ" صحَّةَ قضاءِ القاضي لأمِّ امرأتِهِ ولامرأةِ أبيه ولو في حياةِ امرأتِهِ وأبيه، وأنَّه يَقضِي فيما هو تحتَ نظرِهِ من الأوقافِ، وزادَ بيتين فقال: [طويل]

ويَقضِي لأمِّ العِرْسِ حـالَ حياتِها وعِرْسِ أبيـهِ وَهْـوَ حَـيٌّ مُحـرَّرُ

[٢٦٦٠٢] (قولُهُ: إلاّ في الوصيَّةِ) صُورتُها ما في "الأشباه"[1]: ((لو كـان القـاضي غريـمَ ميتٍ، فأثبَتَ أنَّ فلاناً وَصِيُّهُ صَحَّ، وبَرِئَ بالدَّفْعِ إليه، بخلافِ ما إذا دَفَعَ له قبلَ القضاءِ امتنـعَ القضاءُ، وبخلافِ الوكالةِ عـن غـائبٍ، فإنَّـه لا يجـوزُ القضـاءُ بهـا إذا كـان القـاضي مديـونَ الغائبِ سواءٌ كان قبلَ الدَّفْعِ أو بعدَهُ)).

[٢٦٦٠٣] (قولُهُ: ولو في حياةِ امرأتِهِ وأبيه) لكنْ بعدَ موتِهما يَقضِي فيما لـم يَـرِثْ مِنـه كما يأتي[2].

[٢٦٦٠٤] (قولُهُ: وزادَ بيتين) أي: زادَ على نَظْمِ "الوهبانيَّـةِ" بيتيـن وهمـا الأوَّلان، أمّـا الثّالثُ فهو مِن زياداتِ شارحِها "ابنِ الشِّحنةِ"[3]، نقَلَهُ عنه "الشُّرُنبلاليُّ" في "شرحِهِ".

[٢٦٦٠٥] (قولُهُ: لأمِّ العِرْسِ) بكسرِ العين، أي: لأمِّ زوجتِهِ.

[٢٦٦٠٦] (قولُهُ: مُحرَّرٌ) خبرٌ لمبتدأٍ محذوفٍ، أي: هذا الحكمُ مُحرَّرٌ، "ط"[4].

(قولُهُ: وبخلافِ الوكالةِ عن غائبٍ إلخ) يُنظَرُ الفَرْقُ بينَ الوكالةِ والإيصاءِ، ثـمَّ رأيـتُ "الحمَـويَّ" في "حاشيةِ الأشباه" ذكَرَهُ حيث قال: ((والفَرْقُ: أنَّ القاضيَ يَملِكُ نَصْبَهُ بـدُونِ البيِّنـةِ؛ لانقطـاعِ الرَّجـاءِ عـن النَّظَرِ لنفسِهِ، فلم يكن مُتَّهَماً، ولا يَملِكُ نَصْبَ الوكيلِ عن الغائبِ؛ لرجاءِ حُضُورِهِ)) اهـ.

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفنُّ الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدَّعاوى صـ٢٦٨ ـ ٢٦٩ـ.

(٢) المقولة [٢٦٦٠٨] قوله: ((مَقْضِيٌّ)).

(٣) لم نعثر عليه في مطبوعة "تفصيل عقد الفرائد" التي بين أيدينا.

(٤) "ط": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١٤.

وبعدَ وفـاةٍ إنْ خَـلا عـن نصيبِـهِ ... بمـيراثِ مَقْضِـيٌّ بـه فَتَبَصَّـرُوا
ويَقضِي بوَقْـفٍ[1] مُستَحِقٌّ لرَيْعِهِ ... لوَصْفِ القَضا والعِلْمِ أو كان يَنظُـرُ

[٢٦٦٠٧] (قولُهُ: بميراثِ) بدُونِ تنوينٍ للضَّرورةِ، ولو قال: ((مِن الإرْثِ)) لكان أَولى.

[٢٦٦٠٨] (قولُهُ: مَقْضِيٌّ) بالرَّفعِ فاعلُ ((خَلا))، قـال "الشُّـرُنبلاليُّ" في "شـرحِهِ": ((فـأمُّ زوجتِهِ يصحُّ لها القضاءُ بالمالِ وغيرِهِ حـالَ حياةِ زوجتِـهِ، وبعـدَ مـوتِ الزَّوجـةِ يصـحُّ فيمـا لم يكن ميراثاً له عن زوجتِهِ، ولا يصحُّ في الموروثِ لاستحقاقِ القاضي حِصَّةً مِنه بالميراثِ مِن زوجتِهِ. وقضاؤُهُ لزوجةِ أبيه كذلك في حالِ حياةِ الأبِ يصحُّ مُطلقاً، وبعدَ موتِهِ يُخَصُّ بمـا لا يَرِثُ مِنه القاضي كما إذا ادَّعَت استحقاقاً في وَقْفٍ يَخُصُّهـا)) اهـ. ولا يخفـى أنَّ هـذا أيضـاً مخصوصٌ بما إذا كانَتْ أمُّ زوجتِهِ المقضِيُّ لها حَيَّةً، وإلاّ كان قضاءً لزوجتِهِ فيما تَرِثُ مِنه.

[٢٦٦٠٩] (قولُهُ: ويَقضِي إلخ) فاعلُهُ قولُهُ: ((مُستَحِقٌّ))، قال "الشُّرُنبلاليُّ": ((صورتُهـا: وقَفَ على علماءِ كذا وسَلَّمَ للمُتولِّـي، فـادَّعَى فسـادَ [٣/ق٢٣٥/أ] الوَقْـفِ بسـببِ الشُّيُوعِ عنـد قاضٍ هو مِن أولئك العلماءِ نَفَذَ قضاؤُهُ، وكذا يَقضِي فيما هو تحتَ نَظَرِهِ مِن الأوقافِ)). قـال "ابـنُ الشِّـحنة"[2]: ((وقولـي: لوَصْـفِ القَضـا والعِلْـمِ ليَخـرُجَ مـا لـو كـان اسـتحقاقُهُ لذاتِـهِ لا لوصفٍ))، وهذه المسألةُ نظيرُ مسألةِ الشَّهادةِ على وَقْفٍ لمدرسةٍ [و][3]هو مُسْتَحِقٌّ، وستأتي في كتابِ الشَّهادات[4]، والله سبحانه أعلم. ٤/٣٥٧

(قولُهُ: ولا يخفى أنَّ هذا أيضاً مخصوصٌ بما إذا كانَتْ أمُّ زوجتِهِ إلخ) تقييدٌ للشِّقِّ الأوَّلِ في كلامِ "الشُّرُنبلاليِّ".

---

(١) في "د": ((لوقف)).

(٢) لم نعثر عليها في مطبوعة "تفصيل عقد الفرائد" التي بين أيدينا.

(٣) ما بين منكسرين ليس في النسخ جميعها، وهو لتصحيح العبارة كما يفهم من عبارته في كتاب الشهادات في المقولة: [٢٦٩٧١] قوله: ((المَدرسةِ)).

(٤) المقولة [٢٦٩٧١] قوله: ((المَدرسةِ)).

هذه ﴿مسائلُ شتّى﴾

أي: مُتفرِّقةٌ، وجاؤوا شَتّى، أي: مُتفرِّقين.

(يُمنَعُ صاحبُ سُفْلٍ عليه عُلْوٌ) أي: طبقةٌ (لآخرَ مِن أنْ يَتِدَ) أي: يَدُقَّ الوَتِدَ (في سُفْلِهِ) وهو البيتُ التَحْتانيُّ،...

﴿هذه مسائلُ شتّى﴾

٣٥٧/٤ قدَّرَ "الشّارحُ" لفظَ ((هذه)) إشارةً إلى أنَّ ((مسائلُ)) خبرُ مبتدأٍ محذوفٍ، و((شتّى)) صفةٌ لـ ((مسائلُ)).

[٢٦٦١٠] (قولُهُ: أي: مُتفرِّقةٌ) ومِنه قولُهُ تعالى: ﴿إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّىٰ﴾ [الليل: ٤]، أي: لَمُختلِفٌ في الجزاءِ، وتمامُهُ في "البحر"[١].

[٢٦٦١١] (قولُهُ: سُفْلٍ) بكسرِ السِّين وضمِّها: ضِدُّ (العُلْو) بضمِّ العين وكسرِها مع سكون اللاّمِ فيهما، "ط"[٢] عن "الحَمَويِّ".

[٢٦٦١٢] (قولُهُ: مِن أنْ يَتِدَ) أصلُهُ: يَوْتِدَ، حُذِفَت الواوُ لوُقُوعِها بينَ الياءِ والكسرةِ، مِن بابِ ضرَبَ. والوَتِدُ ـ كما في "البحر"[٣] عن "البناية"[٤] ـ: ((كالخازُوق: القِطعةُ مِن الخَشَبِ أو الحديدِ يُدَقُّ في الحائطِ لِيُعلَّقَ عليه شيءٌ أو يُربَطَ به))، وفي "البحر"[٥] أيضاً: ((وأشارَ "المصنِّفُ" إلى مَنْعِهِ مِن فَتْحِ البابِ ووَضْعِ الجُذُوعِ وهَدْمِ سُفْلِهِ. وقيَّدَ بالتَّصرُّفِ في الجدارِ احترازاً عن تَصَرُّفِهِ في ساحةِ السُّفْلِ، فذكَرَ "قاضي خان"[٦]: لو حَفَرَ صاحبُ السُّفْلِ في ساحتِهِ بئراً وما أشبَهَهُ له ذلك عنده وإنْ تَضَرَّرَ به صاحبُ العُلْوِ، وعندَهُما الحكمُ مَعْلُولٌ بعِلَّةِ الضَّرَر)) اهـ.

---

(١) انظر "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢٩/٧.

(٢) "ط": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢١٤/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢٩/٧.

(٤) "البناية": كتاب أدب القاضي ـ باب التحكيم ـ مسائل شتّى من كتاب القضاء ٧٤/٨ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢٩/٧ باختصار.

(٦) "شرح الجامع الصغير لقاضيخان": كتاب القضاء ٢/ق٩٢/أ.

(أو يَنقُبَ كَوَّةً) بفتحٍ أو ضَمٍّ: الطّاقةُ، وكذا بالعكسِ، دَعْوى "المجمع" (بلا رِضا الآخرِ) وهذا عندَهُ، وهو القياسُ، "بحر"[1]. ....

[٢٦٦١٣] (قولُهُ: بفتحٍ و[2] ضَمٍّ) أي: مع تشديدِ الواوِ، ويُجمَعُ الأوَّلُ على كَوّاتٍ كحَبَّةٍ وحَبّاتٍ، والثّاني على كُوًى[3] بالمدِّ والقَصْرِ كمُدْيةٍ ومُدًى، "ط"[4].

والكَوَّةُ: ثَقْبُ البيتِ، وتُستَعارُ لمفاتيحِ الماءِ إلى المزارعِ والجداولِ، "بحر"[5] عن "المغرب"[6]. والمرادُ بها ما يُفتَحُ في حائطِ البيتِ لأجلِ الضَّوءِ، أو ما يُخرَقُ فيه بلا نفاذٍ لأَجْلِ وَضْعِ متاعٍ ونحوِهِ.

[٢٦٦١٤] (قولُهُ: الطّاقةُ) تفسيرٌ للكُوَّةِ، لكنْ في "القاموس"[7]: ((الطّاقُ: ما عُطِفَ مِن الأبنيةِ))، ولم أَرَ مَن ذكرَهُ في اللُّغةِ بالتّاء، تأمَّل.

[٢٦٦١٥] (قولُهُ: وكذا بالعكسِ إلخ) أي: كما يُمنَعُ ذو السُّفْلِ يُمنَعُ ذو العُلْوِ، وعبارةُ "المجمع": ((وكلٌّ مِن صاحبِ عُلْوٍ وسُفْلٍ ممنوعٌ مِن التَّصرُّفِ فيه إلاّ بإذنِ الآخرِ، وأَجازاهُ[8] إنْ لم يَضُرَّ به)). وفي "العينيِّ"[9]: ((وعلى هذا الخلافِ إذا أرادَ صاحبُ العُلْوِ أنْ يبنيَ على العُلْوِ شيئاً أو بيتاً، أو يَضَعَ عليه جُذُوعاً، أو يُحدِثَ كنيفاً)) اهـ. وكذا جعَلَهُ في "الهداية"[10]

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢٩/٧ بتصرف.

(٢) في "م": ((أو)).

(٣) في "آ" و"ب" و"م": ((كواء))، وما أثبتناه من "الأصل" هو الصواب، لأن ((كِواءً)) هي جمعٌ ثانٍ لـ((كَوَّة)) بفتح الكاف.

(٤) "ط": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢١٤/٣ بتصرف، نقلاً عن الحموي.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢٩/٧ بتصرف.

(٦) "المغرب": مادة ((كوي)) بتصرف.

(٧) "القاموس": مادة ((طوق)).

(٨) في "آ": ((وأجازه)) بالإفراد، وهو خطأ.

(٩) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٩٣/٢ بتصرف.

(١٠) "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ مسائل شتّى ١٠٩/٣.

وقالا: لكلٍّ فعلُ ما لا يَضُرُّ، ولو انهَدَمَ السُّفْلُ بلا صُنْعِ رَبِّـهِ لـم يُجبَرْ علـى البنـاءِ لعدمِ التَّعَدِّي، ولذي العُلْوِ أنْ يبنيَ ثمَّ يَرجِعَ بما أنفَـقَ إنْ بَنَـى بإذنِـهِ أو إذنِ قـاضٍ، وإلاّ فبقِيْمةِ البناءِ يومَ بَنى، ....

على الخلافِ، لكنْ في "البحر"[١] عـن قِسْـمةِ "الولوالجيَّـة"[٢]: ((اختَلَـفَ المشـايخُ علـى قولِـهِ، فقيل: له أنْ يَبنِيَ ما بدا له ما لم يَضُرَّ بالسُّـفْلِ، وقيـل: وإنْ أَضَـرَّ، والمختـارُ للفَتْـوى أنَّـه إذا أشكَلَ أنَّه يَضُرُّ أم لا؟ لا يَملِكُ، وإذا عَلِمَ أنَّه لا يَضُرُّ يَملِكُ)).

[٢٦٦١٦] (قولُهُ: وقالا إلخ) قال في "الفتـح"[٣]: ((قيـل: مـا حُكِـيَ عنهمـا تفسيرٌ لقـولِ "الإمام"؛ لأنَّه إنَّما يُمنَعُ ما فيه ضَرَرٌ ظاهرٌ لا ما لا ضَرَرَ فيه، فلا خلافَ بينهم، وقيل: بينَهمـا خلافٌ، وهو ما فيه شكٌّ، فما لا شكَّ في عدمِ ضَرَرِهِ كوَضْعِ مِسْـمارٍ صغيرٍ أو وسطٍ يجوزُ اتِّفاقاً، وما فيه ضَرَرٌ ظاهرٌ كفَتْحِ البابِ ينبغي أنْ يُمنَعَ اتِّفاقاً، وما يُشَـكُّ في التَّضـرُّرِ بـه كـدَقِّ الوَتِدِ في الجدارِ أو السَّقْفِ فعندَهمـا لا يُمنَـعُ، وعنـده يُمنَـعُ)) اهـ. وفي قِسْـمة "المنيـة": ((أنَّ المختارَ أنَّ الخلافَ فيما إذا أشـكَلَ، فعنـدَهُ يُمنَـعُ، وعندهمـا لا)) اهـ، وكـذا يـأتي في كـلام "الشّارح" قريباً[٤]: ((أنَّه المختارُ للفَتْوى)).

[٢٦٦١٧] (قولُهُ: ولو انهَدَمَ السُّفْلُ إلخ) أي: بنفسِهِ، وأمّا لو هَدَمَهُ فقد قال في "الفتـح"[٥]: ((وعَلِمْتَ أنَّه ليس لصاحبِ السُّفْلِ هَدْمُهُ، فلو هَدَمَهُ يُجبَرُ على بنائِهِ؛ لأنَّه تَعَدّى علـى حَـقِّ صاحبِ العُلْوِ، وهو قَرارُ[٦] العُلْوِ)).

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢٩/٧ بتصرف.

(٢) "الولوالجية": الفصل الأول فيما تجوز القسمة وفيما لا تجوز إلخ ٣١٠/٣ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٤١١/٦ بتصرف.

(٤) صـ٦٠٧ـ "در".

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٤١١/٦ ـ ٤١٢.

(٦) في "آ": ((إقرار)).

وتمامُهُ في "العينيِّ". ....

مطلبٌ فيما لو انهَدَمَ المُشترَكُ وأرادَ أحدُهما البناءَ وأبى الآخرُ

[٢٦٦١٨] (قولُهُ: وتمامُهُ في "العينيِّ") حيث قال[1]: ((بخلافِ الدّارِ المُشترَكةِ إذا انهَدَمَتْ فبناها أحدُهما بغيرِ إذنِ صاحبِهِ حيث لا يَرجِعُ؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ؛ إذ هو ليس بمُضطَرٍّ؛ لأنّه يُمكِنُهُ أنْ يَقسِمَ عَرْصَتَها ويَبنِيَ في نصيبِهِ، وصاحبُ [٣/ق٢٣٥/ب] العُلْوِ ليس كذلك، حتّى لو كانت الدّارُ صغيرةً بحيث لا يمكنُ الانتفاعُ بنصيبِهِ بعدَ القِسْمةِ كان له أنْ يَرجِعَ، وعلى هذا إذا انهَدَمَ بعضُ الدّارِ أو بعضُ الحمّام فأصلَحَهُ أحدُ الشَّريكَينِ لـه أنْ يَرجِعَ؛ لأنَّـه مُضطَرٌّ؛ إذ لا يُمكِنُهُ قِسْمةُ بعضِهِ، ولو انهَدَمَ كلُّهُ فعلى التَّفصيلِ الذي ذكرناه)) اهـ، أي: إنْ أمكَنَهُ قِسْـمةُ العَرْصةِ لِيَبنِيَ في نصيبِهِ لا يكونُ مُضطرّاً، وإلاّ كان مُضطرّاً.

والحاصلُ: أنّه إذا انهَدَمَ كلُّ الدّارِ أو الحمّام فإنْ كان يُمكِنُهُ قِسْـمةُ العَرْصـةِ لِيَبنِـيَ في نصيبِهِ لا يكونُ مُضطرّاً، فلو عَمَّرَ بدُونِ إذنِ شريكِهِ يكونُ مُتبرِّعاً.

والظّاهرُ: أنَّ المرادَ ما إذا أمكَنَهُ إعادةُ العَرْصةِ داراً أو حَمّاماً كما كانَتْ لا مُطلَقُ البناءِ، وإنْ كان لا يُمكِنُ قِسْمةُ العَرْصةِ فهو مُضطَرٌّ، وإن انهَدَمَ بعضُ الحمّام أو بعضُ الدّارِ فهو مُضطَرٌّ أيضاً.

والظّاهرُ: أنَّ المرادَ ما إذا كانت الدّارُ صغيرةً، أمّـا إذا كـانَتْ كبـيرةً يُمكِـنُ قِسْمتُها فإنَّـه يَقسِمُها فإنْ خرَجَ المُتهدِمُ في نصيبِهِ بَناهُ، أو في نصيبِ شريكِهِ يَفعَلُ به شريكُهُ ما أرادَ.

(تنبيهٌ)

قال في "البحر"[2]: ((وذكَرَ "الحَلْوانيُّ" ضابطاً فقال: كلُّ مَن أُجبِرَ أنْ يفعلَ مع شريكِهِ

﴿هذه مسائلُ شَتّى﴾

(قولُهُ: حتّى لو كانت الدّارُ صغيرةً إلخ) انظُرْ ما تقدَّمَ في الشِّرْكةِ، فـإنَّ مُقتضـاهُ توقُّـفُ الرُّجُـوعِ على إذنِ الشَّريكِ أو القاضي، ويدلُّ عليه ما سيأتي له أيضاً، وأنَّ المسألةَ المذكورةَ خلافيَّةٌ.

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢/٩٣.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٧/٣٤.

....

فإذا فعَلَ أحدُهما بغيرِ أَمْرِ الآخَرِ لم يَرجِعْ؛ لأنَّه مُتطوِّعٌ؛ إذ كان يُمكِنُهُ أنْ يُجبرَ مثل: كَرْيِ الأنهارِ، وإصلاحِ السَّفينة المَعِيْبةِ، وفِداءِ العبدِ الجاني. وإنْ لم يُجبَرْ لا يكونُ مُتطوِّعاً كمسألةِ انهدامِ العُلْوِ والسُّفْلِ اهـ. ومِن ذلك لو أنفقَ على الدّابَّةِ بلا إذنِ شريكِهِ لم يَرجِعْ؛ لتَمَكُّنِهِ مِن رَفْعِهِ إلى القاضي ليُجبَرَ، بخلافِ الزَّرعِ المشترَكِ فإنَّه يَرجِعُ؛ لأنَّه لا يُجبَرُ شريكُهُ كما في "المحيط"، فكان مُضطرّاً)) اهـ، وتمامُ ذلك فيه.

وذكَرَ[1] قبلَهُ: ((أنَّ صاحبَ العُلْوِ إنْ بَنى السُّفْلَ بأمرِ القاضي رَجَعَ بما أنفَقَ، وإلاّ فبقِيْمةِ البناءِ، به يُفتَى، والصَّحيحُ أنَّ المعتبرَ في الرُّجُوعِ قِيْمةُ البناءِ يومَ البناءِ لا يومَ الرُّجُوعِ)).

قلتُ: وقد تلخَّصَ مِن هذا الأصلِ ومِمّا قبلَهُ: أنَّه إنْ لم يُضطَرَّ ـ بأنْ أمكَنَهُ القِسْمةُ ـ فعَمَّرَ بلا أَمْرٍ فهو مُتبرِّعٌ، وإلاّ فإنْ كان شريكُهُ يُجبَرُ على العملِ معه ككَرْيِ النَّهرِ ونحوِهِ فكذلك، وإنْ كان شريكُهُ لا يُجبَرُ كمسألةِ السُّفْلِ لا يكونُ مُتبرِّعاً، بل يَرجِعُ بما أنفقَ إنْ بَنَى بأمرِ القاضي، وإلاّ فبقِيْمةِ البناءِ يومَ البناءِ، وقد وقَعَ في هذه المسألةِ اضطرابٌ كثيرٌ، وقدَّمنا[2] تمامَ الكلامِ عليها آخِرَ الشَّرْكةِ. وكنتُ نَظَمتُ ذلك بقولي: ٣٥٨/٤

وإنْ يُعمِّرِ الشَّريكُ المُشتَرَكْ ... بدُونِ إذنٍ للرُّجُوعِ ما مَلَكْ

إنْ لم يكنْ لذاكَ مُضطرّاً بأنْ ... أمكَنَهُ قِسْمةُ ذلك السَّكَنْ

أمّا إذا اضطُرَّ لذا وكان مَن ... أَبَى على التَّعميرِ يُجبَرُ فإنْ

بإذنِهِ أو إذنِ قاضٍ يَرجِعُ ... وفعلُهُ بدُونِ ذا تَبرُّعُ

ثُمَّ إذا اضطُرَّ ولا جَبْرَ كما ... في السُّفْلِ والجدارِ يَرجِعُ بما

أنفقَهُ إنْ كان بالإذنِ بَنَى ... لذا وإلاّ فبِقِيْمةِ البِنا

---

(١) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتَّى ٧/ ٣٠ بتصرف.

(٢) المقولة [٢١٢٢٧] قوله: ((والضَّابطُ إلخ)).

....

ثمَّ اعلمْ أنَّ صاحبَ العُلْوِ إذا بَنَى السُّفْلَ فله أنْ يَمنَعَ صاحبَ السُّفْلِ مِن السُّكْنى حتّى يدفَعَ إليه؛ لكونِهِ مُضطرّاً، وكذا حائطٌ بينَ اثنين لهما عليه خَشَبٌ فبَنَى أحدُهما فله مَنْعُ الآخَرِ مِن وَضْعِ الخَشَبِ حتّى يُعطِيَهُ نصفَ قِيْمةِ البناءِ مَبْنيّاً كما في "البحر"[١]. وفيه[١] عن "جامع الفصولين"[٢]: ((لكلٍّ مِن صاحبِ السُّفْلِ والعُلْوِ حَقٌّ في مِلْكِ الآخَرِ: لذي العُلْوِ حَقُّ قرارِهِ، ولذي السُّفْلِ حَقُّ دَفْعِ المطرِ والشَّمسِ عن السُّفْلِ)) اهـ.

ثمَّ نقَلَ[٣] عنه[٤] أيضاً: ((لو هدَمَ ذو السُّفْلِ سُفْلَهُ وذو العُلْوِ عُلْوَهُ أُخِذَ ذو السُّفْلِ ببناءِ سُفْلِهِ؛ إذ فَوَّتَ عليه حَقّاً أُلْحِقَ بالمِلْكِ، فيَضمَنُ كما لو فَوَّتَ عليه مِلْكاً)) اهـ.

قال في "البحر"[٥]: ((وظاهرُهُ أنَّه لا جَبْرَ على ذي العُلْوِ، وظاهرُ "الفتح"[٦] خلافُهُ، وهو محمولٌ على ما إذا بَنَى ذو السُّفْلِ سُفْلَهُ وطلَبَ مِن ذي العُلْوِ بناءَ عُلْوِهِ فإنَّه يُجبَرُ)) اهـ، أي: لأنَّ فَرْضَ [٣/ق٢٣٦/أ] المسألةِ أنّه هدَمَ عُلْوَهُ، فيُجبَرُ على بنائِهِ بعدَما بَنى ذو السُّفْلِ سُفْلَهُ لا قبلَهُ، وإنما أُجبرَ لأنَّ لذي السُّفْلِ حَقّاً في العُلْوِ كما عَلِمْتَ، وأمّا لو انهَدَمَ العُلْوُ بلا صُنْعِهِ فلا يُجبَرُ؛ لعدمِ تَعَدِّيه ـ كما ذكَرَهُ[٧] "الشّارحُ" ـ فيما لو انهَدَمَ السُّفْلُ. وفي "البحر"[٨] عن "الذّخيرة": ((سَقْفُ السُّفْلِ وجُذُوعُهُ وهَرادِيُّهُ وبَوارِيه وطِيْنُهُ لذي السُّفْلِ)). قال[٨]: ((وذكَرَ "الطَّرَسوسيُّ"[٩]: أنَّ الهَرادِيَّ: ما يُوضَعُ فوقَ السَّقْفِ مِن قَصَبٍ أو عَرِيشٍ)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٧/٣٠.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل السادس والثلاثون في مسائل الحيطان ٢/٢٠٧.

(٣) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٧/٣٠.

(٤) أي: عن "جامع الفصولين": الفصل السادس والثلاثون في مسائل الحيطان ٢/٢٠٧.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٧/٣٠.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٦/٤١٢.

(٧) صـ٥٩١ـ "در".

(٨) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٧/٣٠.

(٩) لم نعثر على المسألة في مطبوعة "أنفع الوسائل" التي بين أيدينا، ولعلها في مؤلّف آخرَ له.

....

قلتُ: لكنْ في "المغرب"[١] عن "اللَّيث": ((الهُرْدِيَّةُ: قَصَبَـاتٌ[٢] تُضَـمُّ مَلْوِيَّـةً بِطاقـاتٍ مِن الكَرْمِ يُرسَلُ عليها قُضْبانُ الكَرْمِ)) اهـ، فهي التي تُسمّى في عُرفِنا سِقالةً.

هذا، وذكَرَ في "الخيريَّة"[٣]: ((أنَّ تطيينَ سَقْفِ السُّفْلِ لا يجـبُ على واحـدٍ منهمـا[٤]، أمّا ذو العُلْوِ فلعَدَمِ وُجُوبِ إصلاحِ مِلْكِ الغيرِ عليه وإنْ تَلِفَ الطِّيْنُ بالسَّكَنِ المـأذونِ فيه شرعاً، إلاّ إذا تَعَدّى بإزالتِهِ فيَضمَنُهُ، وأمّا ذو السُّفْلِ فلعَدَمِ إجبارِهِ على إصـلاحِ مِلْكِـهِ، فـإنْ شاءَ طَيَّنَهُ ورفَعَ ضَرَرَ[٥] وَكْفِ الماءِ عنه، وإنْ شاءَ تَحَمَّلَ ضَرَرَهُ)).

(تتمَّةٌ)

في "البحر"[٦] عن "جامع الفصولين"[٧]: ((جِدارٌ بينَهما ولكلٍّ مِنهمـا حُمُولـةٌ، فوَهَـى الحائطُ، فأرادَ أحدُهما رَفْعَهُ ليُصلِحَهُ وأَبَى الآخَرُ ينبغي أنْ يقولَ مُريدُ الإصلاحِ للآخَرِ: ارفَعْ حُمُولَتَكَ بأُسْطُواناتٍ وعُمُدٍ، ويُعلِمُهُ أنّه يريدُ رَفْعَهُ في وقتِ كذا، وأشـهَدَ على ذلـك، فلو فعَلَهُ، وإلاّ فله رَفْعُ الجدارِ، فلو سَقَطَتْ حُمُولتُهُ لم يَضمَنْ)) اهـ.

قلتُ: والظّاهرُ أنَّ مثلَهُ ما إذا احتاجَ السُّفْلُ إلى العِمارةِ، فتعليـقُ العُلْـوِ على صاحبِـهِ، وهذه فائدةٌ حَسَنَةٌ لم أَجِدْ مَن نبَّهَ عليها.

(قولُهُ: جِدارٌ بينَهما ولكلٍّ مِنهما حُمُولةٌ، فوَهَـى الحـائطُ إلـخ) انظُـرْ مـا سـيَذكرُهُ "المحشِّي" في دَعْوى الرَّجُلين عندَ قولِ "المصنِّف": ((وذو بيتٍ مِن دارٍ كذي بُيُوتٍ في حَقِّ ساحتِها)).

---

(١) "المغرب": مادة ((هرد)).

(٢) في النسخ جميعها ((قُضْبان))، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لما في "المغرب" و"اللسان".

(٣) "الفتاوى الخيرية": كتاب الديات ـ فصل في الحيطان والطرق وما يتضرر به الجار ٢/٢٠٤.

(٤) في "الأصل": ((منها))، وهو تحريف.

(٥) في "آ": ((ضرره)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٧/٣٠ ـ ٣١.

(٧) "جامع الفصولين": الفصل السادس والثلاثون في مسائل الحيطان ـ في الحائط المشترك لو انهدم أو خيف عليه ٢/٢٠٥.

(زائغةٌ مُستطِيلةٌ) أي: سِكَّةٌ طويلةٌ (يَتشعَّبُ عنها) سِكَّةٌ (مثلُها) لكنْ (غيرُ نافذةٍ)

[٢٦٦١٩] (قولُهُ: زائغةٌ مُستطِيلةٌ) وفي "التَّهذيب"(١): الزّائغةُ: الطَّريقُ الذي حادَ عن الطَّريقِ الأعظمِ اهـ. مِن: زاغَت الشَّمسُ إذا مالَتْ. والمُستطِيلةُ: الطَّويلةُ، مِن: استَطالَ بمعنى طالَ، أفادَهُ في "البحر"(٢).

[٢٦٦٢٠] (قولُهُ: مثلُها) أي: طويلةٌ، احترازاً عن المستديرةِ كما يأتي(٣).

[٢٦٦٢١] (قولُهُ: لكنْ غيرُ نافذةٍ) أفادَ أنَّ الأُولى نافذةٌ، وقد قال في "البحر"(٤): ((أطلَقَها ـ أي: الأُولى ـ تَبَعاً لأكثرِ الكتب، وقيَّدَها في "الهداية"(٥) تبعاً للفقيهِ "أبي اللَّيث"(٦) و"التُّمُرتاشيِّ" بغيرِ النّافذةِ، ويمكنُ حَمْلُ كلامِهِ عليه لقولِهِ: مثلُها غيرُ نافذةٍ)) اهـ، أي: بناءً على أنَّ ((غيرُ نافذةٍ)) بيانٌ لوجهِ المماثَلةِ، وفيه نَظَرٌ، بل المُتبادِرُ أنَّ المماثَلةَ في الطُّولِ، و((غيرَ نافذةٍ)) حالٌ لبيانِ قَيْدٍ زائدٍ فيها على الأُولى، وإلاّ لَزِمَ أنْ لا تكونَ الثّانيةُ مُقيَّدةً بكونِها طويلةً فَيَشْمَلُ المُستدِيرةَ، وهو غيرُ صحيحٍ. واستظهَرَ "الخيرُ الرَّمليُّ" إطلاقَ الأُولى؛ إذ لا عِبرةَ بكونِها نافذةً أو غيرَ نافذةٍ؛ لامتناعِ مُرُورِ أهلِها في الثّانيةِ مُطلقاً، بخلافِ المُتشعِّبةِ كما يأتي(٧).

قلتُ: لكنْ في بعضِ الصُّورِ يَظهَرُ الفَرْقُ في الأُولى بينَ النّافذةِ وغيرِها كما تَعرِفُهُ.

(قولُهُ: أفادَ أنَّ الأُولى نافذةٌ) بل مُفادُ التَّقييدِ المذكورِ شُمُولُ الأُولى للنّافذةِ وغيرِها.

---

(١) لم نقف في "تهذيب الأزهري" على ما نقله ابن عابدين رحمه الله، والذي فيه: ((زاغتِ الشمسُ تزيغُ زُيوغاً فهي زائغة: إذا مالت وزالت)). انظر "التهذيب": مادة ((زيغ)) ٨/١٦٣.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٧/٣١.

(٣) المقولة [٢٦٦٢٨] قوله: ((وفي زائغةٍ مُستدِيرةٍ)).

(٤) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٧/٣١ بتصرف.

(٥) في النسخ جميعها: (("النهاية"))، وما أثبتناه من عبارة "البحر"، والمسألة في "الهداية": كتاب أدب القاضي ـ مسائل شتى من كتاب القضاء ٣/١٠٩.

(٦) "عيون المسائل": باب الشفعة ـ شراء دارين في سكة غير نافذة ٢/٢٥٨.

(٧) المقولة [٢٦٦٢٧] قوله: ((إذ لا حَقَّ لهم في المُرُورِ)).

إلى محلٍّ آخرَ (يُمنَعُ أهلُ الأُولى عن فَتْحِ بابٍ) للمُرُورِ، لا للاستِضاءَةِ والرِّيحِ، "عينيّ"[(١)]

[٢٦٦٢٢] (قولُهُ: إلى محلٍّ آخرَ) مُتعلِّقٌ بـ((نافذةٍ))، والمرادُ به الطَّريقُ العامُّ أو ما يُتوصَّلُ مِنه إليه احترازاً عن النّافذةِ إلى سِكَّةٍ أُخرى غيرِ نافذةٍ.

مطلبٌ في فَتْحِ بابٍ آخرَ للدّار

[٢٦٦٢٣] (قولُهُ: عن فَتْحِ بابٍ للمُرُورِ) قال في "فتح القدير"[(٢)]: ((قال بعضُ المشايخ: لا يُمنَعُ مِن فَتْحِ البابِ، بل مِن المُرُورِ؛ لأنَّ له رَفْعَ كلِّ جدارِهِ، فكذا له رَفْعُ بعضِهِ، والأصحُّ أنَّه يُمنَعُ مِن الفَتْحِ؛ لأنَّه منصوصٌ عليه في الرِّواية بنصِّ "محمَّدٍ" في "الجامع"[(٣)]، ولأنَّ المَنْعَ بعدَ الفتحِ لا يُمكِنُ؛ إذ [لا][(٤)] يُمْكِنُ مراقبتُهُ ليلاً ونهاراً في الخروج فيَخرُجُ، ولأنه عَساهُ يَدَّعِي بعدَ تركيبِ البابِ وطُولِ الزَّمانِ حَقّاً في المُرُورِ، ويَستدِلُّ عليه بتركيبِ الباب)) اهـ.

٣٥٩/٤ [٢٦٦٢٤] (قولُهُ: لا للاستِضاءَةِ والرِّيحِ) قال "العينيُّ"[(٥)] بعدَ حكايةِ القولَينِ المذكورَينِ: ((ولكنْ هذا فيما إذا أرادَ بفَتْحِ البابِ المُرُورَ، فإنَّه يُمنَعُ استحساناً، وإذا أرادَ به الاستِضاءَةَ والرِّيحَ دُونَ المُرُورِ لم يُمنَعْ مِن ذلك، كذا نقَلَهُ "فخرُ الإسلام" عن الفقيهِ "أبي جعفرٍ")) اهـ.

قلتُ: وهذا إذا كان البابُ عالياً لا يَصلُحُ للمُرُورِ كما يدلُّ عليه التَّعليلُ المارُّ[(٦)]، وإلاّ كان قولَ بعضِ المشايخِ بعَيْنِهِ، وهو خلافُ الأصحِّ، فعُلِمَ أنَّ المرادَ غيرُهُ، [٣/ق٢٣٦/ب] وهو مسألةُ الطّاقةِ الآتيةُ[(٧)]، فافهم.

(قولُهُ: إذ تُمكِنُ مراقبتُهُ) حقُّهُ: لا تُمكِنُ إلخ.

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٩٤/٢ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٤١٣/٦ بتصرف.

(٣) "الجامع الصغير": كتاب القضاء ـ باب الدعوى صـ٣٨٥ـ.

(٤) ((لا)) ساقطة من النسخ جميعها، وما أثبتناه من خطِّ ابن عابدين رحمه الله في مسوّدته هو الصواب الموافق لعبارة الفتح، وقد أشار إلى الصواب الرافعيُّ ومصحِّحُ "م" رحمهما الله تعالى.

(٥) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٩٤/٢.

(٦) في المقولة السابقة.

(٧) صـ٦٠٥ـ "در".

(في القُصْوى) الغيرِ النّافذةِ على الصَّحيحِ؛ إذ لا حَقَّ لهم في المُرُورِ، بخلافِ النّافذةِ[١].

[٢٦٦٢٥] (قولُهُ: في القُصْوى) أي: البُعْدى، وهي المُتشعِّبةُ مِن الأُولى الغيرِ النّافذةِ، أمّا النّافذةُ فلا مَنْعَ مِن الفَتْحِ فيها؛ لأنَّ لكلِّ أحدٍ حَقَّ المُرُورِ فيها.

[٢٦٦٢٦] (قولُهُ: على الصَّحيحِ) مُقابِلُهُ ما قدَّمناهُ[٢] آنفاً مِن القولِ[٣] بأنَّه لا يُمنَعُ مِن الفَتْحِ، بل مِن المُرُورِ.

[٢٦٦٢٧] (قولُهُ: إذ لا حَقَّ لهم في المُرُورِ) أي: لا حَقَّ لأهلِ الزّائغةِ الأُولى في المُرُورِ في الزّائغةِ القُصْوى، بل هو لأهلِها على الخُصُوصِ، ولذا لو بِيْعَتْ دارٌ في القُصْوى لم يكنْ لأهلِ الأُولى شُفْعةٌ فيها، كذا في "الفتح"[٤]، أي: لا شُفْعةَ لهم بحَقِّ الشِّرْكةِ في الطَّريقِ؛ إذ لو كان جاراً مُلاصِقاً كان له الشُّفْعةُ، "شُرُنبلاليَّة"[٥]. ثمَّ قال في "الفتح"[٦]: ((بخلافِ أهلِ القُصْوى، فإنَّ لأحدِهم أنْ يَفتحَ باباً في الأُولى؛ لأنَّ له حَقَّ المُرُورِ فيها)) اهـ.

قال العلاّمةُ "المقدسيُّ": ((هذا إذا فَتحَ في جانبٍ يَدخُلُ مِنه إليها، أمّا في الجانبِ الآخرِ غيرِ النّافذِ فلا)) اهـ.

وفيه فائدةٌ حَسَنةٌ يُفيدُها التَّعليلُ أيضاً، وهي أنَّ الزّائغةَ الأُولى إذا كانَتْ غيرَ نافذةٍ، وأرادَ واحدٌ مِن أهلِ القُصْوى فَتْحَ بابٍ في الأُولى له ذلك إنْ كانَتْ دارُهُ مُتَّصِلةً برُكنِ الأُولى، وكانَتْ مِن جانبِ الدُّخولِ إلى القُصْوى، أمّا لو كانَتْ مِن الجانبِ الثّاني فلا؛ إذ لا حَقَّ له في

(قولُهُ: لم يكنْ لأهلِ الأُولى شُفْعةٌ فيها) ولو غيرَ نافذةٍ كما يأتي في الشُّفعة.

---

(١) في هامش "د": ((فإنَّ المرورَ فيها حقُّ العامَّةِ، ولا خلافَ أنَّ له أنْ يفتحَ، "فتح")).

(٢) المقولة [٢٦٦٢٣] قوله: ((عن فَتْحِ بابٍ للمُرُورِ)).

(٣) في "ب": ((الفول))، وهو خطأ.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٤١٣/٦.

(٥) "الشرنبلالية": كتاب القضاء ـ مسائل شتى ٤١٦/٢ بتصرف (هامش "الدرر والغرر").

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٤١٣/٦.

(وفي) زائغةٍ (مُستدِيرةٍ لَزِقَ) أي: اتَّصَلَ (طَرَفاها) أي: نهايةُ سَعَةِ اعوِجاجِها بالمُستطِيلةِ[1] ....

المُرُور في الجانبِ الثّاني، بخلافِ ما إذا كانَت الأُولى نافذةً، فإنَّ له المُرُورَ مِن الجانبين، فيكونُ له فَتْحُ البابِ مِن الجانبِ الثّاني أيضاً.

وبه يَظهَرُ الفَرْقُ بينَ كونِ الأُولى نافذةً أوْ لا، خلافاً لِما مَرَّ[2] عن "الرَّمليِّ".

والظّاهرُ: أنَّ كلامَ "الفتح" مبنيٌّ على كونِ الأُولى نافذةً، وإنْ حُمِلَ على أنَّها غيرُ نافذةٍ يُدَّعَى تخصيصُهُ بغيرِ الصُّورةِ المذكورة.

(تنبيهٌ)

يُعلَمُ مِمّا هنا أنَّه لو أرادَ فَتْحَ بابٍ أسفَلَ مِن بابِهِ والسِّكَّةُ غيرُ نافذةٍ يُمنَعُ منه، وقيل: لا، وفي كلٍّ مِن القولين اختلافُ التَّصحيحِ والفَتْوى. قال في "الخيريَّة"[3]: ((والمتونُ على المَنْعِ، فليكنِ المُعوَّلُ عليه)).

[٢٦٦٢٨] (قولُهُ: وفي زائغةٍ مُستدِيرةٍ) مُحترَزُ قولِهِ: ((يَتَشعَّبُ عنها مثلُها))، فإنَّ المرادَ بها الطَّويلةُ، ويُقابِلُها المُستدِيرةُ. وفي "حاشيةِ الوانيِّ" على "الدُّرر": ((هذا إذا كانَتْ ـ أي: المُستدِيرةُ ـ مثلَ نصفِ دائرةٍ أو أقلَّ، حتّى لو كانَتْ أكثرَ[4] مِن ذلك لا يُفتَحُ فيها البابُ.

(قولُهُ: وبه يَظهَرُ الفَرْقُ بينَ كونِ الأُولى نافذةً أوْ لا، خلافاً لِما مَرَّ عن "الرَّمليِّ") كلامُهُ تعميمٌ في مسألةِ "المصنِّف"، وهذه مسألةٌ أُخرى لم يُنبِّهِ "المصنِّفُ" عليها، فصَحَّ تعميمُ "الرَّمليِّ".

(قولُهُ: وفي "حاشيةِ الوانيِّ" على "الدُّرر": هذا إذا كانَتْ ـ أي: المُستدِيرةُ ـ إلخ) ما قالَهُ "الواني" راجعٌ لِما قالَهُ "الشّارح" مِن التَّفسيرِ بقولِهِ: ((أي: نهايةُ إلخ))، فإنَّ القَصْدَ به تقييدُ عُمُومِ عبارةِ "المصنِّف"، تأمَّل.

---

(١) في "ب": ((بالمستطيل)).

(٢) المقولة [٢٦٦٢١] قوله: ((لكنْ غيرُ نافذةٍ)).

(٣) "الفتاوى الخيرية": كتاب الديات ـ فصل في الحيطان والطرق وما يتضرر به الجار ٢٠٣/٢، نقلاً عن "جامع الفصولين".

(٤) عبارة "منلا مسكين": ((أكبر))، وعبارة صدر الشريعة: ((أكثر)).

(لا) يُمنَعُ؛ لأنَّها كساحةٍ مُشترَكةٍ في دارٍ، بخلافِ ما لو كانَتْ مُربَّعةً فإنَّها كسِكَّةٍ في سِكَّةٍ، ....

والفَرْقُ: أنَّ الأُولى تصيرُ ساحةً مُشترَكةً، بخلافِ الثّانيةِ، فإنَّه إذا كان داخلُها أوسَعَ مِن مَدْخَلِها يصيرُ مَوضِعاً آخرَ غيرَ تابعٍ للأوَّلِ، كذا قيل)) اهـ، وقائلُهُ "صدرُ الشَّريعة"[١] و"مُنلا مسكينٌ"[٢]، و رَدَّهُ "ابنُ كمالٍ".

[٢٦٦٢٩] (قولُهُ: لأنَّها كساحةٍ إلخ)[٣] قال في "الفتح"[٤]: ((لأنَّ لكلٍّ حَقَّ المُرُورِ، إذ هي ساحةٌ مُشترَكةٌ، غايةُ الأمرِ أنَّ فيها اعوِجاجاً، ولهذا يَشترِكون في الشُّفْعةِ إذا بِيْعَتْ دارٌ مِنها)) اهـ.

(قولُهُ: و رَدَّهُ "ابنُ كمالٍ") عبارةُ "ابنِ كمالٍ": (((وفي مُستدِيرةٍ لَزِقَ طَرَفاها) أي: اتَّصَلَ طَرَفاها (بالمُستطِيلةِ)، والمرادُ بطَرَفيها نهايةُ سَعَتِها، ولا يَلزَمُ أنْ تكونَ مثلَ نصفِ دائرةٍ أو أقلَّ، دَلَّ على ذلك تصويرُ شمس الأئمَّة "الحَلْوانيِّ"، حيث قال في كتابِ الشُّفْعةِ من "محيطِهِ"[٥]: سِكَّةٌ غيرُ نافذةٍ بِيْعَتْ فيها دارٌ فأهلُها شُفَعاءُ؛ لأنَّهم شُرَكاءُ في حُقُوقِ المبيعِ، وإنْ كان فيها عَطْفٌ فإنْ كان مُربَّعاً فأصحابُ العطفِ أَولى بما بِيْعَ في عَطْفِهم؛ لأنَّه بسببِ التَّربيعِ يصيرُ العَطْفُ المربَّعُ كالمنفصِلِ عن السِّكَّةِ؛ لأنَّ هَيْئاتِ الدُّورِ في العَطْفِ المربَّعِ تُخالِفُ هَيْئاتِ الدُّورِ في السِّكَّةِ، فصار العَطْفُ المربَّعُ بمنزلةِ سِكَّةٍ أُخْرى، فصار كسِكَّةٍ في سِكَّةٍ، ولهذا يُمكِنُهم نَصْبُ الدَّرْبِ في أَعْلاهم وإنْ كان العَطْفُ مُدَوَّراً فالكلُّ سواءٌ؛ لأنَّ العَطْفَ المُدوَّرَ اعوِجاجٌ في بعضِ السِّكَّةِ، وبذلك لا يصيرُ بمنزلةِ سِكَّتين؛ لأنَّ هَيْئةَ الدُّورِ فيها لا تَتَغيَّرُ بسببِ الاعوِجاجِ، فكانَتْ سِكَّةً واحدةً)) اهـ.

---

(١) "شرح الوقاية": كتاب القضاء ـ باب التحكيم ـ مسائل شتّى منه ٢/٧٠ (هامش "كشف الحقائق")، وليس فيها الفرق المذكور.

(٢) "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء ـ باب التحكيم صـ٢٠٠ـ، وليس فيها الفرق المذكور أيضاً.

(٣) هذه المقولةُ مُؤخرةٌ في "الأصل" و"آ" عن تاليتها.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٦/٤١٣ بتصرف.

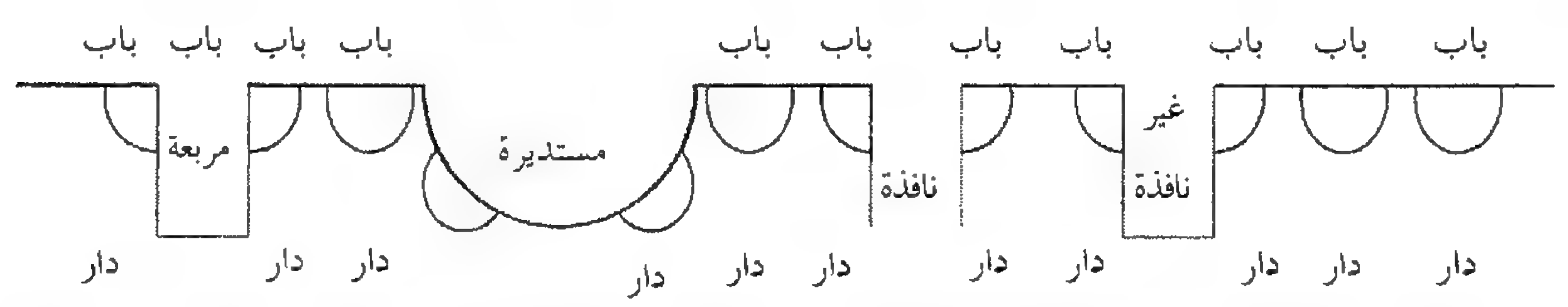
(٥) لم يذكر مترجمو شمس الأئمة الحَلْوانيّ أنّ من مؤلفاته "المحيط"، وذكروا أنَّ له كتاب "المبسوط"، ولعلّه مقصودُ ابنِ الكمال، والله أعلم. وانظر "تاج التراجم" صـ١٢٨ـ، و"هدية العارفين" ١/٥٧٧، و"الأعلام" ٤/١٣.

ولذا يُمكِنُهُم نَصْبُ البَوّابةِ. انتهى(١) "ابن كمالٍ" بهذه الصُّورةِ:

زائغة غير نافذة　زائغة نافذة　زائغة مستديرة　زائغة مربعة

[٢٦٦٣٠] (قولُهُ: ولذا يُمكِنُهُم نَصْبُ البَوّابةِ) لم أرَ فيما عندي مِن كُتُبِ اللُّغةِ(٢) لفظَ البوّابةِ، وهي في عُرْفِ النّاس اليومَ اسمٌ للبابِ الكبيرِ الذي يُنصَبُ في رأسِ السِّكّةِ أو المَحَلّةِ مثلاً. وعبارةُ "ابنِ كمالٍ" عن "الحَلْوانيِّ": ((ولذا يُمكِنُهم نَصْبُ الدَّرْبِ))، وفي "القاموس": ((الدَّرْبُ: بابُ السِّكّةِ الواسعُ، والبابُ الأكبرُ، جمعُهُ دِرابٌ)).

[٢٦٦٣١] (قولُهُ: بهذه الصُّورةِ) اختلَفَتِ النُّسَخُ في كيفيّةِ رَقْمِها، ولْنصوِّرْها بصورةٍ جامعةٍ للمُستطيلةِ المُتشعِّبِ عنها مُستطيلةٌ مثلُها نافذةٌ وغيرُ نافذةٍ ومُستديرةٌ ومُربَّعةٌ هكذا:



فالدّارُ الثّالثةُ التي في رُكنِ المُتشعِّبةِ غَيْرِ(٣) النّافذةِ لو كان بابُها في الطَّويلةِ يُمنَعُ صاحبُها عن فَتْحِ [٣/ق٢٣٧/أ] البابِ في المُتشعِّبةِ الغَيْرِ النّافذةِ؛ لأنّه ليس له حَقُّ المُرُورِ فيها، ولو كان بابُها في المُتشعِّبةِ لا يُمنَعُ مِن فَتْحِ بابٍ في الأُولى الطَّويلةِ، وأمّا الدّارُ الرّابعةُ التي في الرُّكنِ الثّاني لو كان بابُها في الطَّويلةِ يُمنَعُ مِن فَتْحِهِ في المُتشعِّبةِ المذكورةِ، وكذا لو كان في المُتشعِّبةِ يُمنَعُ مِن فَتْحِهِ في الطَّويلةِ؛ لأنّه ليس له حَقُّ المُرُورِ في ذلك الجانبِ، لكنْ هذا إذا كانت الطَّويلةُ غيرَ نافذةٍ، بخلافِ النّافذةِ؛ لأنَّ له حَقَّ المُرُورِ حينئذٍ مِن الجانبَينِ كما قلنا فيما مَرَّ(٤)،

---

(١) ((انتهى)) ليست في "د" و"ب" و"ط".

(٢) ((كتب اللغة)) ليست في "الأصل".

(٣) في "الأصل" و"ب" و"م": ((الغير)).

(٤) المقولة [٢٦٦٢٧] قوله: ((إذ لا حَقَّ لهم في المُرُورِ)).

(ولا يُمنَعُ الشَّخصُ مِن تصرُّفِهِ في مِلْكِه إلاّ إذا كان الضَّرَرُ) بجارِهِ ضَرَراً..........

وأمّا الدّارُ الخامسةُ التي في الرُّكنِ الأوَّلِ مِن المُتشعِّبةِ الثّانيةِ النّافذةِ فلصاحبِها فَتْحُ البابِ فيها وفي الطَّويلةِ، بخلافِ الدّارِ السّادسةِ التي في الرُّكنِ الثّاني مِن المُتشعِّبةِ المذكورةِ، فإنَّه لو كان بابُهُ فيها يُمنَعُ مِن الفتحِ في الطَّويلةِ لو[1] غيرَ نافذةٍ، لا لو نافذةً؛ لِما علمتَ.

مطلبٌ: اقتَسَمُوا داراً وأرادَ كلٌّ مِنهم فَتْحَ بابٍ لهم ذلك

(تتمَّةٌ)

٣٦٠/٤ في "منية المفتي" مِن كتابِ القِسْمةِ: ((دارٌ في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ بينَ جماعةٍ اقتَسَمُوها، وأرادَ كلٌّ مِنهم فَتْحَ بابٍ وحدَهُ ليس لأهلِ السِّكَّةِ مَنْعُهم)).

قلتُ: ينبغي تقييدُهُ بما إذا أرادوا فَتْحَ الأبوابِ فيما قَبْلَ البابِ القديمِ، لا فيما بعدَهُ كما قدَّمناهُ آنفاً[2] عن "الخيريَّة" مِن التَّعويلِ على ما في المتونِ، نعمْ على القولِ الثّاني المُصحَّحِ أيضاً لا تفصيلَ، ثمَّ قال في "المنية": ((دارٌ لرجلٍ بابُها في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ، فاشترَى بجَنْبِها داراً بابُها في سِكَّةٍ أُخرى له فَتْحُ بابٍ لها في دارِهِ الأُولى، لا في السِّكَّةِ الأُولى، وبه أفتى "أبو جعفرٍ" و"أبو اللَّيثِ"[3]، وقال "أبو نُصَيرٍ"[4]: له ذلك؛ لأنَّ أهلَ السِّكَّةِ شُرَكاءُ فيها بدليلِ ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفعةِ للكلِّ)) اهـ مُلخَّصاً.

قلتُ: الظّاهرُ أنَّه مبنيٌّ على الخلافِ السّابقِ، والله تعالى أعلم.

[٢٦٦٣٢] (قولُهُ: ولا يُمنَعُ الشَّخصُ إلخ) هذه القاعدةُ تُخالِفُ المسألةَ التي قبلَها، فإنَّ المَنْعَ فيها مِن تَصَرُّفِ ذي السُّفْلِ مُطلَقٌ عن التَّقييدِ بكونِهِ مُضِرّاً ضَرَراً بيِّناً أوْ لا، وهنا المَنْعُ

(قولُهُ: وقال "أبو نُصَيرٍ": له ذلك) أي: الفَتْحُ في السِّكَّةِ الأُولى على الخلافِ السّابقِ إذا فَتَحَ في أسفلِ السِّكَّةِ.

---

(١) في "آ": ((ولو)).

(٢) المقولة [٢٦٦٢٧] قوله: ((إذ لا حَقَّ لهم في المُرُورِ)).

(٣) "عيون المسائل": باب الشفعة ـ شراء دارين في سكة غير نافذة ٢/٢٥٨.

(٤) كذا في النسخ جميعها بالياء، ولعلّه أبو نصر محمد بن سَلاّم البَلْخيّ (ت٣٠٥هـ) يذكر تارةً بكنيته وتارةً باسمه وتارةً بهما معاً. انظر "الجواهر المضية" ٤/٩٢، و"الفوائد البهية" صـ١٦٨ـ.

(بَيِّناً) فيُمنَعُ مِن ذلك، وعليه الفَتْوى، "بزّازيَّة"[١]، واختارَهُ في "العِمادِيَّة"، وأفتى بـه "قارئُ الهداية"[٢]، ....

مُقيَّدٌ بالضَّرَرِ البَيِّنِ، ولا سيَّما على "ظاهرِ الرِّوايةِ" الآتي[٣]: ((مِن[٤] أنَّه لا يُمنَعُ مُطلقاً))، نعـمْ على ما قدَّمنا[٥]: مِن أنَّ المختارَ المَنْعُ في الضَّرَرِ البيِّنِ والمُشـكِلِ تَندَفِـعُ المخالَفـةُ علـى مـا مَشَـى عليه "المصنِّفُ" هنا، وقد يُجابُ بأنَّ المسألةَ المُتقدِّمةَ ليستْ مِن فُرُوعِ هذه القاعدةِ، فإنَّ ما هنا في تَصَرُّفِ الشَّخصِ في خالِصِ مِلْكِهِ الذي لا حَقَّ للجارِ فيه، وما مَرَّ في تصرُّفِهِ فيما فيـه حَـقٌّ للجارِ، فإنَّ السُّفْلَ وإنْ كان مِلْكاً لصاحبِهِ إلاَّ أنَّ لذي العُلْوِ حَقّاً فيه، فلذا أُطلِقَ المَنْعُ فيه، ولذا لو هدَمَ ذو السُّفْلِ سُفْلَهُ يُؤمَرُ بإعادتِهِ، بخلافِ ما هنا، هذا ما ظهَرَ لي، فاغتنِمْهُ.

[٢٦٦٣٣] (قولُهُ: بَيِّناً) أي: ظاهراً، ويأتي[٦] بيانُهُ قريباً.

[٢٦٦٣٤] (قولُهُ: واختارَهُ في "العِمادِيَّة") حيث قال ـ كمـا في "جـامع الفصولـين"[٧] ـ : ((والحاصلُ: ((أنَّ القياسَ في جنسِ هذه المسائلِ: أنَّ مَن تصرَّفَ في خالِصِ مِلْكِهِ لا يُمنَـعُ مِنـه ولو أَضَرَّ بغيرِهِ، لكنْ تُرِكَ القياسُ في محلٍّ يَضُرُّ بغيرِهِ ضَرَراً بَيِّناً، وقيل بالمَنْعِ، وبه أخَذَ كثيرٌ مِن مشايخِنا، وعليه الفَتْوى)) اهـ.

(قولُهُ: نعمْ على ما قَدَّمنا مِن أنَّ المختارَ المَنْعُ في الضَّرَرِ البَيِّنِ والمُشكِلِ تَندَفِعُ المخالَفةُ إلخ) اندِفـاعُ المخالَفةِ بذلك إنَّما هو على ما جَرَى عليه "الشّارحُ" هنا: ((مِن أنَّ المُشكِلَ في حُكمِ ما إذا أَضَرَّ يقيناً))، وسيأتي له مَنْعُ القياس.

---

(١) "البزازية": كتاب الحيطان ـ الفصل الأول في إشراع الجناية ٤١٤/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في التصرف في الملك بما يضرُّ الغير صـ٤٧ـ بتصرف.

(٣) صـ٦٠٦ـ "در".

(٤) في "الأصل": ((مع))، وهو تحريف.

(٥) المقولة [٢٦٦١٥] قوله: ((وكذا بالعكس إلخ)) وما بعدها.

(٦) في المقولة الآتية.

(٧) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والثلاثون فيما يُمنع عنه وما لا يُمنع وفيما يحلُّ فعله وفيما لا يحلُّ ١٩٤/٢.

....

قلتُ: قولُهُ: ((وقيل بالمَنْعِ)) عطفُ تفسيرٍ على قولِهِ: ((تُركَ القياسُ))، فليس قولاً ثالثاً، نعَمْ وقَعَ في "الخيريَّة"[1]: ((وقيل بالمَنْعِ مُطلقاً إلخ))، ومُقتضاهُ: أنَّه قولٌ ثالثٌ بالمَنْعِ سواءٌ كان الضَّررُ بيِّناً أوْ لا، لكنْ عَزا في "الخيريَّة"[1] ذلك إلى "التّتارخانيَّةِ" و"العماديَّة"، وليس ذلك في "العِماديَّةِ" كما رأيتَ، **فالظّاهرُ**: أنَّ لفظَ ((مُطلقاً)) سَبْقُ قَلَمٍ، ويدلُّ عليه قولُهُ في "الفتح"[2]: ((والحاصلُ: أنَّ القياسَ في جنسِ هذه المسائلِ أنْ يَفعَلَ المالكُ ما بدا له مُطلقاً؛ لأنَّه مُتصرِّفٌ في خالِصِ مِلْكِهِ، لكنْ تُرِكَ القياسُ في موضعٍ يَتعدّى ضَرَرُهُ إلى غيرِهِ ضَرَراً فاحشاً، وهو المرادُ بالبيِّنِ، وهو ما يكونُ سبباً للهَدْمِ أو يُخْرِجُ عن الانتفاعِ بالكلِّيَّة، وهو ما يَمنَعُ الحوائجَ [٣/ق٢٣٧/ب] الأصليَّةَ كسَدِّ الضَّوءِ بالكلِّيَّةِ، واختارُوا الفَتْوى عليه، فأمّا التَّوسُّعُ إلى مَنْعِ كلِّ ضَرَرٍ ما فيَسُدُّ بابَ انتفاعِ الإنسانِ بمِلْكِهِ كما ذكرنا قريباً)) اهـ مُلخَّصاً.

فانظُرْ كيف جعَلَ المُفتَى به القياسَ الذي يكونُ فيه الضَّرَرُ بيِّناً لا مُطلقاً، وإلاّ لَزِمَ أنَّه لو كانَتْ له شجرةٌ مملوكةٌ يَستظِلُّ بها جارُهُ وأرادَ قَطْعَها أنْ يُمنَعَ لتَضَرُّرِ الجارِ به كما قرَّرَهُ في "الفتح"[3] قبلَهُ.

قلتُ: وأفتى المولى "أبو السُّعود": ((أنَّ سَدَّ الضَّوءِ بالكُلِّيَّةِ ما يكونُ مانعاً مِن الكتابةِ، فعلى هذا لو كان للمكانِ كُوَّتانِ مثلاً، فسَدَّ الجارُ ضوءَ إحداهما بالكُلِّيَّةِ لا يُمنَعُ إذا[4] كان يمكنُ الكتابةُ بضوءِ الأُخرى)).

(قولُهُ: فانظُرْ كيف جعَلَ المُفتَى به القياسَ إلخ) لعلَّ الأنسبَ أنْ يقولَ: تَرْكَ القياسِ في الذي يكونُ فيه إلخ.

---

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب الديات ـ فصل في الحيطان والطرق وما يتضرر به الجار ٢/٢٠٢ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٦/٤١٥.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٦/٤١٤ بتصرف.

(٤) في "م": ((إذ)).

حتّى يُمنَعُ الجارُ مِن فَتْحِ الطّاقةِ[1]، وهذا جوابُ المشايخِ استحساناً، ....

[مطلبٌ: ليس للجارِ أنْ يُحدِثَ في دارِهِ ما يَضُرُّ بجارِهِ ضرراً فاحِشاً]

والظّاهرُ: أنَّ ضوءَ البابِ لا يُعتبَرُ؛ لأنَّه يُحتاجُ لغَلْقِهِ لبَرْدٍ ونحوِهِ كما حَرَّرْتُهُ في "تنقيح الحامديَّة"[2]. وفي "البحر"[3]: ((وذكَرَ "الرّازيُّ"[4] في كتابِ الاستحسان: لو أرادَ أنْ يَبنِيَ في دارِهِ تَنُّوراً للخَبْزِ الدّائمِ كما يكونُ في الدَّكاكينِ أو رَحًى للطَّحْنِ[5]، أو مِدَقّاتٍ للقَصّارينَ لم يَجُزْ؛ لأنَّه يَضُرُّ بجيرانِهِ ضَرَراً فاحشاً لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، فإنَّه يأتي مِنه الدُّخانُ الكثيرُ، والرَّحَى والدَّقُّ يُوهِنُ البناءَ، بخلافِ الحمّامِ؛ لأنَّه لا يَضُرُّ إلاّ بالنَّداوةِ، ويُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه بأنْ يَبنِيَ حائطاً بينَهُ وبينَ جارِهِ، وبخلافِ التَّنُّورِ المعتادِ في البيوت)) اهـ، وصحَّحَ "النَّسفيُّ" في الحمّامِ: ((أنَّ الضَّرَرَ لو فاحِشاً يُمنَعُ، وإلاّ فلا))، وتمامُهُ فيه.

[٢٦٦٣٥] (قولُهُ: حتّى يُمنَعُ الجارُ مِن فَتْحِ الطّاقةِ) أي: التي يكونُ فيها ضَرَرٌ بَيِّنٌ بقرينةِ ما قبلَهُ، وهو ما أفتى به "قارئُ الهداية"[6] لَمّا سُئِلَ: هل يُمنَعُ الجارُ أنْ يَفتَحَ كُوَّةً يُشرِفُ مِنها على جارِهِ وعيالِهِ؟ فأجاب: ((بأنَّه يُمنَعُ مِن ذلك)) اهـ.

وفي "المنح"[7] عن "المضمرات"[8] شرح "القُدوريِّ": ((إذا كانت الكُوَّةُ للنَّظَرِ وكانت السّاحةُ مَحَلَّ الجُلُوسِ للنِّساءِ يُمنَعُ، وعليه الفَتْوى)) اهـ.

قال "الخيرُ الرَّمليُّ": ((وأقولُ: لا فَرْقَ بينَ القديمِ والحديثِ حيث كانت العِلَّةُ الضَّرَرَ البَيِّنَ؛ لوُجُودِها فيهما)).

---

(١) في "و": ((الطاق)).

(٢) "العقودُ الدُّرِّيَّة في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الحيطان وما يُحدِثُ الرجلُ في الطريق وما يَتضرَّرُ به الجيرانُ ونحو ذلك ٢/٢٦٥.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٧/٣٢ ـ ٣٣ بتصرف.

(٤) هو حسام الدِّين الرازيّ (ت٥٩٨هـ) صاحب "التكملة" و"شرحها" في جمع ما شذَّ من "مختصر القدوري" وانظر تعليقنا المتقدم ٣/٢٢٠.

(٥) في "آ": ((الطَّحن)).

(٦) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في التصرف في الملك بما يضرُّ الغير صـ٤٧ـ.

(٧) "المنح": كتاب القضاء ـ مسائل شتّى ٢/ق٦٢/ب.

(٨) "جامع المضمرات والمشكلات" شرح "مختصر القدوري"، وتقدمت ترجمته ١/٣٧٣.

وجوابُ "ظاهرِ الرِّواية" عدمُ المَنْعِ مُطلقاً، وبه أفتى طائفةٌ كالإمامِ "ظهيرِ الدِّين"[(١)] و"ابنِ الشِّحْنة"[(٢)] و"والدِهِ"[(٣)]، ورَجَّحَهُ في "الفتح"[(٤)]، وفي قِسْمةِ "المجتبى": ((وبه يُفتَى))، واعتمَدَهُ "المصنِّفُ" ثَمَّةَ فقال[(٥)]: ((وقد اختلَفَ الإفتاءُ، وينبغي أنْ يُعوَّلَ على "ظاهرِ الرِّواية")) اهـ. **قلتُ**: وحيث تعارَضَ "متنُهُ" و"شرحُهُ" فالعملُ على المتونِ كما تقرَّرَ مِراراً، فتدبَّرْ. ....

[٢٦٦٣٦] (قولُهُ: ورَجَّحَهُ في "الفتح") حيث قال[(٦)]: ((والوجهُ لـ"ظاهرِ الرِّواية")).

[٢٦٦٣٧] (قولُهُ: ثَمَّةَ) أي: في كتابِ القِسْمةِ في "المنح".

[٢٦٦٣٨] (قولُهُ: فالعملُ على المتونِ[(٧)]) قد يقالُ: إنَّ هذا لا يُقالُ في كلِّ متنٍ مع شرحٍ، بل هذا في نحوِ المتونِ القديمةِ[(٨)]، "ط"[(٩)]، أي: وهذه المسألةُ ليستْ مِن مسائِلِها[(١٠)]. ويَظهَرُ مِن كلامِ "الشّارح" المَيْلُ إلى ما مشى عليه "المصنِّفُ" في "متنِهِ"؛ لأنَّه أَرفَقُ[(١١)] بدَفْعِ الضَّرَرِ البَيِّنِ عن الجارِ المأمورِ بإكرامِهِ، ولذا كان هو الاستحسانَ الذي مَشَى عليه مشايخُ المذهبِ المتأخِّرون[(١٢)]، وصرَّحُوا: بأنَّ الفَتْوى عليه.

---

(١) أي: المرغينانيّ كما في "الفتح".

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب القسمة والحيطان ٢/١٢٣ ـ ١٢٤.

(٣) هو أبو الفضل محمد بن محمد، محبّ الدين المعروف بابن الشِّحنة الصغير الحلبيّ (ت٨٩٠هـ). "الضوء اللامع" ٩/٢٩٥، "البدر الطالع" ٢/٢٦٣.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٦/٤١٤.

(٥) "المنح": كتاب القسمة ٣/٥٤/أ.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ـ مسائل منثورة من كتاب القضاء ٦/٤١٤.

(٧) في "د" زيادة قوله: ((لا يخفى أنّ "متن التنوير" ليس من المتون التي ترجَّح على الشروح، فلا يُرَجَّح ما فيه على ما هو ظاهر الرواية إلاّ أن يكون مذكوراً في المتون المعتبرة كالقدوري و"الكنز" وأمثالهما)).

(٨) في "الأصل" و"آ" و"م": ((المتقدمة)) ومثله في "ط".

(٩) "ط": كتاب القضاء ـ مسائل شتَّى ٣/٢١٦.

(١٠) في النسخ جميعها: ((من مسائل))، ولعلّ ما أثبتناه هو الصواب، والمراد: من مسائل المتون القديمة، ونبّه عليه مصحّحا "ب" و"م".

(١١) في "م": ((أوفق)).

(١٢) في النسخ جميعها: ((المتأخرين)) بالجرّ، والصوابُ ما أثبتناه، وقد نبّه عليه مصحّحا "ب" و"م".

قلتُ: وبقيَ ما لو أشكَلَ هل يَضُرُّ أم لا؟ وقد حَرَّرَ "مُحشِّي الأشباه"[١] المَنْعَ قياساً على مسألةِ السُّفْلِ والعُلْوِ أنَّه لا يَتِدُ إذا أَضَرَّ، وكذا إنْ[٢] أشكَلَ على المختارِ للفتوى كما في "الخانيَّة"[٣]. قال "المحشِّي"[٤]: ((فكذا تصرُّفُهُ في مِلْكِهِ إنْ أَضَرَّ أو أشكَلَ يُمنَعُ، وإنْ لم يَضُرَّ لم يُمنَعْ))، قال[٤]: ((ولم أَرَ مَن نبَّهَ عليه، فليُغتَنَمْ فإنَّه مِن خَواصِّ كتابي)) انتهى.

والحاصلُ: أنَّهما قولانِ مُعتمَدانِ يَترجَّحُ أحدُهما بما ذكرنا والآخَرُ بكونِهِ أصلَ المذهب.

[٢٦٦٣٩] (قولُهُ: قياساً على مسألةِ السُّفْلِ إلخ) **أقولُ**: هذا غيرُ مُسلَّمٍ؛ لأنَّه مُخالِفٌ لكلامِهم مع أنَّه قياسٌ مع الفارقِ، وذلك أنَّك عَلِمتَ أنَّ[٥] أصلَ المذهبِ في مسألتِنا عدمُ المَنْعِ مُطلقاً؛ لكونِهِ تَصرُّفاً في خالِصِ مِلْكِهِ، وخالَفَ المشايخُ أصلَ المذهب فيما إذا كان الضَّررُ بيِّناً، ولا يخفى أنَّ التَّقييدَ بالبيِّنِ مُخرِجٌ للمُشكِلِ، فالقولُ بمَنْعِ المُشكِلِ مُخالِفٌ للقولين، وقياسُهُ على المُشكِلِ في مسألةِ السُّفْلِ غيرُ صحيحٍ؛ لأنَّ المتونَ الموضوعةَ لنَقْلِ المذهبِ ماشيةٌ على مَنْعِ التَّصرُّفِ فيها عكسَ مسألتِنا. وذكَرَ بعضُ المشايخ: أنَّ المختارَ تقييدُ المَنْعِ بالمُضِرِّ أو المُشكِلِ، وما ذاك إلاّ لكونِهِ تَصرُّفاً فيما للجارِ فيه حَقٌّ وهو صاحبُ العُلْوِ، فالأصلُ فيه عدمُ جوازِ التَّصرُّفِ إلاّ بإذنِهِ، بخلافِ مسألتِنا، فإنَّ الأصلَ فيها الجوازُ لكونِهِ تَصرُّفاً في خالِصِ حَقِّهِ، فإلحاقُ المُشكِلِ فيها بالمُشكِلِ في الأُولى غيرُ صحيحٍ، فافهم[٦]. ٣٦١/٤

---

(١) انظر تعليقنا الرابع.

(٢) في "و": ((إذا)).

(٣) "الخانية": كتاب الصلح ـ باب في الحيطان والطرق ومجاري الماء ١١٧/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) هو الشيخ صالح بن محمد التمرتاشيّ (ت١٠٥٥هـ) على ما يتبادر من سابقه ومن نقله عنه كثيراً. انظر "ط" ٢١٦/٣.

(٥) في "م": ((علمت مع أن))، وهو خطأ.

(٦) في "آ" زيادة: ((والله سبحانه أولى وأعلم)).

....

وهذا[١] آخرُ ما حَرَّرَهُ المؤلِّفُ بخطِّهِ مِن هذا الجزء،وأمّا بقيَّةُ الأجزاءِ
فتَمَّمَها بنفسِهِ قبلَ حُلُولِ رَمْسِهِ، فبادَرَ نَجْلُهُ السَّعيدُ،
السَّيِّدُ "محمَّدٌ علاءُ الدِّينِ" إلى تكملةِ الجزءِ المذكورِ
بتجريدِ الهوامشِ التي بخَطِّ والدِهِ
وغيرِها على "الشَّرحِ" فقال:

انتهى بفضل الله تعالى ومنِّه الجزء السادس عشر
ويليه الجزء السابع عشر
وأوله: تتمة مسائل شتى

(١) في "الأصل": انتهى المؤلف إلى هنا في محرم سنة ١٢٥٢، والظاهر أنه من حدّ مسائل شتّى لم يحرِّرْه بالإعادة عليه؛ لأنَّ المسوَّدةَ من قَبْلِ هذا معنونةٌ بالأحمر، بخلافها هنا، رحمه الله آمين، وكانت وفاتُهُ ضحوةَ نهارِ الأربعاء الحادي والعشرين من ربيع الثاني سنة ١٢٥٢.

وفي "آ": ((وعند وُصُولِ المؤلِّفِ إلى هذا المحلِّ جَفَّ قلمُهُ ـ وأجابَ داعيَ ربِّهِ، وقَضَى نَحْبَهُ نوَّر اللهُ ضريحَهُ وروح روحه ـ بعد كتابة الجزء الرابع الذي بتمامه يتم "رد المحتار على الدر المختار")).

الاستدراكات

الاستدراكات

الاستدراكات	الصحيفة



الاستدراكات على العلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى ❖

تسلسل	صحيفة	هامش
١	٢٨	٣
٢	٥٣	٢
٣	٦١	٥
٤	١٠٦	٤
٥	١٣٢	١
٦	١٣٣	٤ ـ ٦
٧	١٣٥	٧
٨	١٥١	٢
٩	١٥٢	٢
١٠	١٥٥	٢
١١	١٨١	٨
١٢	١٩٤	١
١٣	٢٦٤	٢
١٤	٢٨٧	٩
١٥	٣١١	٤

تسلسل	صحيفة	هامش
١٦	٣٥٣	٦
١٧	٣٩٧	٧
١٨	٤١٥	٥
١٩	٤٣١	٢
٢٠	٤٥٠	٢
٢١	٤٥٣	٥
٢٢	٤٥٥	١
٢٣	٤٧٩	٤
٢٤	٥٣١	٢
٢٥	٥٤٨	٢
٢٦	٥٨٦	٤
٢٧	٥٩٥	٢
٢٨	٥٩٦	٥
٢٩	٥٩٧	٤

❖ سبقت الإشارة ـ في مقدمة هذا الكتاب عند الحديث على توثيق النصوص ـ إلى أنَّ العلامة ابن عابدين رحمه الله كان يتمتع بأمانة علمية بالغة وحذقٍ كبير في نقله عن كتب المذهب، أو في تقريره للمسائل العلمية، ولكن الله تعالى أبى العصمة إلا لكتابه، فكان ثمة استدراكاتٌ أشرنا إلى مواضعها في الجداول الآتية، نضعها بين أيدي أهل العلم والفقه للمدارسة والبحث والاطلاع؛ شاكرين لكل من يتقدم إلينا بتسديدٍ مبنيٍّ على دليل وتعليل، والله الموفق للصواب.

الاستدراكات على المطبوعة البولاقية

تسلسل	صحيفة	هامش
١	٢٦	٣
٢	٦١	٥
٣	٨٧	٤
٤	١٥١	٢
٥	١٥٢	٢
٦	١٧٧	١
٧	١٧٩	٦ ـ ٧
٨	١٩٤	١
٩	٢١٥	٥
١٠	٢٥١	١
١١	٢٦٤	٢
١٢	٢٨٦	١
١٣	٢٨٧	٩
١٤	٣١١	٤
١٥	٣٢٣	٥
١٦	٣٥٣	٦
١٧	٣٧٨	٨
١٨	٣٧٩	٢
١٩	٣٨١	١
٢٠	٣٨٣	٦
٢١	٣٩٧	٧
٢٢	٤٠٠	٣
٢٣	٤١٠	٣
٢٤	٤١٥	١ ـ ٥
٢٥	٤٣١	٢
٢٦	٤٥٠	٢
٢٧	٤٥٣	٥
٢٨	٤٥٥	١
٢٩	٤٦٥	٦
٣٠	٤٧٩	١ ـ ٣
٣١	٤٧٩	٤
٣٢	٤٨٤	٥
٣٣	٤٨٥	٢
٣٤	٤٨٧	٦
٣٥	٥٠٧	١
٣٦	٥١٧	٩
٣٧	٥٣١	٢
٣٨	٥٣٣	٣
٣٩	٥٣٧	٢
٤٠	٥٤٩	٢
٤١	٥٨٦	٤
٤٢	٥٩٠	٣
٤٣	٥٩٥	٢
٤٤	٥٩٦	٥
٤٥	٥٩٧	٤
٤٦	٥٩٨	٣

الاستدراكات على المطبوعة الميمنية

تسلسل	صحيفة	هامش
١	٢٧	٦
٢	٢٨	٧
٣	٦١	٥
٤	٦٧	٣
٥	٩٩	١
٦	١٠٤	٨
٧	١١٢	١٠
٨	١٣٠	٢
٩	١٣١	١
١٠	١٥١	٢
١١	١٥٢	٢
١٢	١٧٧	١
١٣	١٧٩	٦
١٤	١٩٤	١
١٥	٢١٠	٢
١٦	٢٢٦	١
١٧	٢٣٥	٩
١٨	٢٣٦	١
١٩	٢٣٧	٧
٢٠	٢٤٤	١١
٢١	٢٤٧	٣
٢٢	٢٦٤	٢
٢٣	٢٧٣	٥
٢٤	٢٧٤	٤
٢٥	٢٨٠	٨
٢٦	٢٨٧	٩
٢٧	٢٨٩	٤
٢٨	٣١١	٤
٢٩	٣٢٣	٥
٣٠	٣٣٨	٢
٣١	٣٤٠	٨
٣٢	٣٤١	٥
٣٣	٣٤٨	٩
٣٤	٣٥٣	٦
٣٥	٣٧٧	٥
٣٦	٣٧٨	٨
٣٧	٣٧٩	٢
٣٨	٣٨١	١
٣٩	٣٨٧	٦
٤٠	٣٨٨	١٠
٤١	٣٩٧	٧
٤٢	٤٠٥	٤
٤٣	٤٠٨	٢
٤٤	٤١٠	٣
٤٥	٤١٥	٥
٤٦	٤٣١	٢

تسلسل	صحيفة	هامش
٤٧	٤٤٧	٧
٤٨	٤٤٩	٢ ـ ٤
٤٩	٤٥٠	٢ ـ ٤
٥٠	٤٥٣	٥
٥١	٤٥٥	١
٥٢	٤٦٥	٨
٥٣	٤٧٩	٤
٥٤	٤٨١	١
٥٥	٤٨٤	٧
٥٦	٤٩٨	٣
٥٧	٥٠٠	٥
٥٨	٥٠٧	١
٥٩	٥١١	٢

تسلسل	صحيفة	هامش
٦٠	٥١٧	٩
٦١	٥١٩	١
٦٢	٥٣١	٢
٦٣	٥٣٣	٣
٦٤	٥٤٠	٣
٦٥	٥٤٥	٥
٦٦	٥٤٩	٢
٦٧	٥٧٧	٢
٦٨	٥٨٦	٤
٦٩	٥٩٠	٣
٧٠	٥٩٥	٢
٧١	٥٩٦	٥
٧٢	٥٩٧	٤

الاستدراكات على تقريرات الرافعي

تسلسل	صحيفة	هامش
١	٥٧	٢
٢	١٣١	٤
٣	٢١٦	٥
٤	٢٥٢	٥
٥	٢٩٥	٥
٦	٣٤٩	٩
٧	٤١٦	٣
٨	٤٢٣	٦
٩	٤٥٠	٧
١٠	٤٦٣	٤
١١	٤٨١	٣
١٢	٥٢٠	٤
١٣	٥٣٦	٨



فهرس الموضوعات



فهرس الموضوعات

الموضوع الصحيفة

كتاب الكفالة

الموضوع	الصحيفة

باب كفالة الرَّجلين

كتاب الحوالة

كتابُ القضاء

الموضوع	الصحيفة

فصل في الحبس

الموضوع	الصحيفة

الموضوع | **الصحيفة**



AL -Fatih Al-Islami Institute
Studies and Research Dept.
Damascus

INTERPRETATION OF IBN ABDEEN

(HASHIET IBN ABDEEN)



By

Muhammad Amin Ibn Omar Abdeen

Supervised by: Dr. Hosam Adeen FARFOUR

Head of the specialized Studies Dept.
Al-Fatih Al-Islami Institute

Edited by:
Al-Thakafah Wattourath Publishing House
Damascus